

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Resolución Registral N° 473-2020-TR-T

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogada

Autor

Grecia Jimena Zorrilla Garay

Revisor

Héctor Campos García

Lima, 2021

RESUMEN

Por medio del presente trabajo, se llevará a cabo un análisis integral sobre una Resolución Registral de carácter compleja de índole comercial, el cual se encuentra vinculado con temas de derechos reales, derecho civil y su injerencia en sede registral. Las cuestiones controvertidas objeto del análisis serán tres: i) si, a efectos registrales, es necesario el consentimiento del propietario del suelo para los actos jurídicos que realice el superficiario; ii) si, en virtud del principio de tracto sucesivo, es necesario que se inscriba previamente el contrato de arrendamiento financiero aún cuando en el Decreto Legislativo N° 299 “Ley de Arrendamiento Financiero” se contempla que es un acto facultativo de inscripción; y, iii) si debe cumplirse la condición suspensiva de un contrato de cesión de posición contractual para que pueda inscribirse (anotarse) en los Registros Públicos.

Dada la naturaleza de la operación que se pretende inscribir a Registros Públicos, es necesario profundizar en figuras jurídicas de derecho civil, derechos reales, y derecho registral. Para tales efectos, se ha utilizado la metodología de investigación analítica, dogmática, histórica y sistemática, para cada una de las cuestiones controvertidas, con la finalidad de lograr una investigación integral.

Finalmente, se concluirá si ha sido o no correcta la decisión y el fundamento del Tribunal Registral, así como también se brindará una visión crítica a lo sostenido por las partes.

Palabras claves: derechos reales, derecho civil, derecho registral.

ÍNDICE DEL INFORME JURÍDICO

Introducción	4
I. Justificación de la elección de la Resolución N° 473-2020-TR-T.....	6
II. Identificación de los hechos relevante.....	7
i) Partes Involucradas	
ii) Hechos Relevantes	
iii) Posición de las partes	
iv) Decisión del Tribunal Registral	
III. Identificación y análisis de los problemas jurídicos.....	12
i) Primer problema jurídico: A efectos de Registros Públicos, ¿es necesario que el propietario del predio intervenga en los actos jurídicos del superficiario?.....	12
1. ¿Cuál es la definición y regulación del derecho de superficie en el Perú?	
2. ¿Qué derechos tiene el superficiario de la edificación según el Código Civil?	
3. ¿Es correcto lo indicado por el Tribunal Registral que, en virtud del método de integración por analogía <i>ad maioris ad minus</i> respecto a la transmisibilidad del derecho de superficie, se puede ejercer otros derechos sobre la edificación del superficiario?	
ii) Segundo problema jurídico: ¿El Tribunal Registral, en virtud del principio del tracto sucesivo, puede disponer la inscripción del contrato de arrendamiento financiero, a pesar de que existe una ley especial respecto a la no obligatoriedad de la inscripción de dicho acto?.....	21
1. Aproximación al contrato de arrendamiento financiero.	

2. ¿Es correcto que el Tribunal Registral haya dispuesto que se inscriba el contrato de arrendamiento financiero, cuando la ley especial estableció la no obligatoriedad de la inscripción?
 - 2.1. Principio de tracto sucesivo *versus* la regla de la no obligatoriedad de la inscripción del contrato de arrendamiento financiero.
 - 2.2. Interpretación *ratio legis*.
 - 2.3. Interpretación sistemática.

iii) Tercer problema jurídico: ¿Debe cumplirse la condición suspensiva de un contrato de cesión de posición contractual para que pueda acceder a Registros Públicos?.....36

1. ¿Es necesario que se cumpla la condición suspensiva en un contrato para que pueda acceder a Registros Públicos?
2. Alcances de la cesión de posición contractual y la condición suspensiva.
3. Respecto al contrato de cesión de posición contractual de la Resolución N°473-2020-TR, ¿es inscribible la cesión de posición contractual que contiene la cláusula 1.1.5?
4. ¿Ha sido pertinente que el Tribunal Registral haya hecho mención del artículo 172 (condición suspensiva meramente potestativa) del Código Civil?

IV. Conclusiones.....48

V. Bibliografía.....50

Introducción

Actualmente, para que se ejecuten proyectos inmobiliarios de gran importancia a lo largo de nuestro país, es necesario el financiamiento por parte de una institución financiera, así como también la presencia de profesionales de distintas ramas para encaminarnos todos a un mismo destino y, por supuesto, se vuelve trascendental una asesoría legal integral en temas de derecho civil, comercial, reales, registral, entre otros.

En este contexto, el presente caso acaece en el distrito y provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque, en donde se presentó a inscribir en la oficina registral de Chiclayo un contrato de cesión de posición contractual, bajo condición suspensiva, entre el Banco de Crédito del Perú (en adelante, el “BCP”), superficiario del suelo, y el Mall Aventura S.A. (en adelante, “Mall Aventura”) sobre los contratos de subarrendamiento de los locales comerciales del *shopping* conocido como “*Mall Aventura Chiclayo*”.

Así, cuando este acto materia de rogatoria llega en manos del señor Registrador, este realiza tres observaciones: i) se requiere la intervención del propietario del suelo para los actos jurídicos que realice el superficiario (BCP); ii) se necesita previamente la presentación e inscripción de los subcontratos de arrendamiento y el arrendamiento financiero (fuente de donde emana el derecho a subarrendar); y, iii) se debe cumplir con la condición suspensiva para que pueda acceder a Registros Públicos el acto.

Posteriormente, el usuario apela pronunciándose sobre los puntos observados -nos detendremos en ellos posteriormente- y el Tribunal Registral resuelve emitiendo la Resolución Sunarp N° 470-2020, objeto del presente trabajo.

En esa línea, se ha identificado tres problemas jurídicos relevantes en este caso, materia de resolución del Tribunal Registral. El primer problema jurídico es vinculado al derecho de superficie: ¿Es necesario que el propietario del suelo intervenga en los actos jurídicos del superficiario? (con especial énfasis en Registros Públicos).

Para responder este primer cuestionamiento, es necesario abordar cuál es la definición y regulación del derecho de superficie en el Perú; consecuentemente, determinar cuáles son los derechos que ostenta el superficiario y, por último, analizar si ha sido correcto o no lo indicado por el Tribunal Registral que, en virtud del método de integración por

analogía *ad maioris ad minus* respecto a la transmisibilidad del derecho de superficie, se puede ejercer otros derechos sobre la edificación del superficiario y, por ende, no es necesario el consentimiento del propietario del suelo.

El segundo problema jurídico identificado es relacionado a la presentación e inscripción previa del contrato de arrendamiento financiero; con precisión, si el Tribunal Registral, en virtud del principio del tracto sucesivo, puede disponer la inscripción del contrato de arrendamiento financiero, a pesar de que existe una ley especial respecto a la no obligatoriedad de la inscripción de dicho acto. De esta manera, es necesario aproximarnos al contrato de arrendamiento financiero y al principio de tracto sucesivo, así como también realizar un análisis del pronunciamiento del Tribunal.

El tercer y último problema jurídico es vinculado a la condición suspensiva del contrato de cesión de posición contractual; puntualmente, si debe o no cumplirse la condición suspensiva contenida en este contrato para que pueda acceder a Registros Públicos. Para encontrar la respuesta jurídica, es necesario analizar si los actos jurídicos bajo condición suspensiva (en específico, un contrato), son de carácter inscribible y, por ende, tendrían un lugar en la partida registral. Bastaría esa respuesta para quedar satisfechos a modo general y tomar una postura crítica respecto a la motivación del Tribunal Registral al respecto.

No obstante, hemos querido puntualizar en este caso e ir un poco más allá, precisando si es inscribible o no esta cesión de posición contractual la cual contiene la cláusula 1.1.5, cuyo tenor responde a ser una condición suspensiva vinculado al contrato de arrendamiento financiero. Cabe indicar que, el por qué esto se torna relevante es debido a que en la Resolución N° 473-2020 el Tribunal deja constancia que es nula cualquier condición suspensiva que dependa del deudor. Así, nos pondremos en el supuesto del contenido de la condición suspensiva contenida en el contrato de arrendamiento financiero y veremos si finalmente sería admitido e inscribible en sede registral o, por el contrario, nuestra instancia administrativa no la admitiría.

Finalmente, habiendo desarrollado los problemas jurídicos y el análisis pertinente de los mismos, arribaremos a las conclusiones respecto a los cuestionamientos, así como también dejaremos sentado nuestra posición sobre la motivación realizada por el Tribunal Registral para cada uno de ellos.

I. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN N°473-2020-TR-T

La elección de la Resolución Registral, objeto del presente trabajo de investigación, se basó en la trascendencia jurídica de este tipo de casuística, por cuanto son frecuentes en la práctica comercial inmobiliaria y, en especial, en la operación de los centros comerciales. Siendo esto así, intervienen tangencialmente varias ramas del Derecho, como el Derecho Civil, Reales, Registral, entre otras.

Debido a que se presencia un caso de carácter complejo, despertó nuestro interés el estudio el de diversas figuras jurídicas de carácter civil y real, tal como la cláusula de condición suspensiva, el derecho de superficie, los contratos de arrendamiento y, sobre índole comercial en sí, el contrato de arrendamiento financiero. Todo ello se torna aún más relevante cuando estamos ante en una institución tan importante como Registros Públicos, lugar donde se pretende inscribir la cesión de posición contractual bajo condición suspensiva, acto materia de rogatoria.

Consideramos que, en las próximas líneas al realizar un análisis detallado desde una mirada doctrinaria, regulatoria y práctica, estaremos en una mejor posición para dotar de respuestas jurídicas a los problemas planteados, así como también una mirada a la motivación que brindó el Tribunal Registral para este caso -la cual no ha sido exhaustiva, ni adecuada en algunos puntos-.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

En la presente sección, se desarrollará de manera breve y sistemática las partes del caso, hechos relevantes, posición de las partes, y la decisión del Tribunal Registral.

i) Partes Involucradas

El BCP, quien celebra un contrato de cesión de posición contractual “condicionada” (en palabras del usuario) con el Mall Aventura, acto que busca ser inscrito en Registro de Predios. De otro lado, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

ii) Hechos Relevantes

Con fecha 24 de mayo de 2019, se extendió la Escritura Pública N° 6067 ante el notario de Lima Eduardo Laos de Lama, del contrato de cesión de posición contractual entre Mall Aventura y BCP, sujeto a condición suspensiva.

Con fecha 17 de diciembre de 2019, se presentó ante la Oficina Registral de Chiclayo el parte notarial de la Escritura Pública N° 6067 del 24 de mayo de 2019, para ser objeto de calificación registral del acto de cesión de posición contractual. De esta manera, se le otorgó al usuario el número de título 3039307.

Con fecha 19 de febrero de 2020, el señor Registrador Manuel Alejandro Mallqui Luzquiños observó el título materia de la rogatoria por tres motivos, los cuales se detallarán en el numeral iii) del presente documento.

Con fecha 05 de agosto de 2020, el señor Bernardo Ñañez Salazar interpuso recurso de apelación contra las observaciones efectuadas por el señor Registrador, bajo los argumentos que serán desarrollados en el numeral iii) próximo.

Por último, con fecha 12 de octubre de 2020, el Tribunal Registral expidió la Resolución Sunarp N° 473-2020, en virtud del cual resolvieron la apelación y calificaron el título materia de rogatoria, decidiendo revocar dos numerales de las observaciones realizadas y confirmando uno de ellos en razón a los fundamentos que se señalarán en el numeral iii).

iii) Posición de las partes

□ Fundamentos del señor Registrador Manuel Alejandro Mallqui

Luzquiños:

1. De la revisión de la partida electrónica 11012382, se advirtió que el titular del predio es Constructora Inmobiliaria Inka de América S.A.C. (en adelante, el “Propietario”), por lo cual se necesita la intervención del propietario del suelo en los actos que se realicen -en este caso, el superficiario-;
2. Es necesario la previa presentación e inscripción de los contratos de subarrendamiento y el contrato de arrendamiento financiero; y,
3. Es necesario que se cumpla la condición suspensiva de la designación del cesionario por parte del Banco de Crédito del Perú y la aceptación de cada subarrendatario.

□ Fundamentos del apelante, el señor Bernardo Ñáñez Salazar:

1. Sobre el numeral primero observado, el apelante señala que en la cláusula décimoquinta del contrato de superficie, entre el Banco de Crédito del Perú S.A. y Constructora Inmobiliaria Inka S.A., indica que se reconoce la posibilidad de la celebración de un financiamiento y de contratos conexos, y de cesión de derechos. Asimismo, señala que el titular del predio, Constructora Inmobiliaria S.A.C. ratificó todos los términos y condiciones de la constitución de derecho de superficie. Por lo cual, la observación efectuada por el registrador debe revocarse.
2. Sobre el numeral segundo observado, con referencia a la previa inscripción del Contrato de Arrendamiento Financiero y los contratos de subarrendamiento señala que, si bien es cierto que la cesión está relacionada al contrato de arrendamiento financiero por ser contratos suscritos en el marco de una misma operación, no debe condicionarse la inscripción de la cesión a la revisión e

inscripción previa del contrato de arrendamiento financiero, debido a que la cesión es un acto autosuficiente que cumple con los requisitos de ser susceptible de inscripción.

A su vez, argumenta que el señor Registrador desconoce la práctica registral porque, por ejemplo, para la inscripción de una garantía, no se solicita previamente la inscripción del contrato de préstamo que motiva dicha constitución de garantía. Indica que, al igual que la garantía, la cesión y el derecho de garantía son autosuficientes para acceder a Registros Públicos.

También, respecto a los contratos de subarrendamiento que se precisa que se inscriba señala que tampoco es necesario, debido a que la cesión de posición contractual ya cuenta con la información necesaria para la inscripción. Por lo cual, solicita que se revoca la observación efectuada.

3. Sobre el numeral tercero, vinculado con el cumplimiento de condición suspensiva para la inscripción, el apelante señala que exigir la condición precedente para la inscripción priva de utilidad la publicidad registral que se pretende otorgar a la cesión de posición contractual. Por otra parte, indica que los contratos de subarrendamiento ya reconocen la posibilidad que estos sean cedidos a favor del Banco de Crédito del Perú.

Además, se indica que no existe norma en el ordenamiento jurídico vigente que restrinja la inscripción de la cesión y la consecuente publicidad, por lo cual la observación debería ser revocada.

□ Fundamentos del Tribunal Registral:

1. Respecto a la intervención del propietario del suelo en el contrato de cesión de posición contractual, el Tribunal Registral señaló que no es necesaria su intervención, debido a que si el superficiario (en este caso, el BCP) tiene el derecho de transmisibilidad, según el artículo 1031 del Código Civil, con

mayor razón puede realizar otros actos jurídicos, ya sean de carácter real o personales.

2. Con referencia a la previa presentación e inscripción del contrato de arrendamiento financiero y los subcontratos de arrendamiento de locales comerciales, el Tribunal Registral indicó que sí es necesario que se presente ello porque, si bien es cierto que el Decreto Legislativo N° 299 “Ley de Arrendamiento Financiero” señala que no es obligatorio de inscripción el contrato de arrendamiento financiero, esto no significa que en el ámbito de la calificación registral no deba requerirse su inscripción. Particularmente, en virtud del tracto sucesivo, sí es indispensable que el arrendatario Mall Aventura S.A. adquiera legitimidad dispositiva registral para inscribir los contratos de subarrendamiento. Y esto se logra con la inscripción previa del arrendamiento financiero.
3. Sobre el cumplimiento de la condición suspensiva para que el acto pueda ser inscrito, el Tribunal Registral señala que no es necesario que se cumpla ello, por cuanto esto se configuraría como un atentado contra el principio lógico de no contradicción, en la medida que en este caso la condición suspensiva es justamente la designación o subrogación del BCP en la posición de Mall Aventura S.A. y, por tanto, no puede el Registrador solicitarle que se designe a la persona que asumirá la posición del Mall Aventura S.A.
4. Finalmente, el Tribunal Registral deja constancia que, según el artículo 172 del Código Civil, se expresa que la condición suspensiva es nula cuando depende de la exclusiva voluntad del deudor. Ello en virtud de que la cláusula 1.1.5 (cláusula de condición suspensiva) en el contrato de cesión de posición contractual está vinculado al contrato de arrendamiento financiero, siendo necesario que se tenga a la vista este último para poder analizar si procede o no su inscripción.

iv) Decisión del Tribunal Registral

Revocar las siguientes observaciones:

- Que intervenga en el contrato de cesión condicionada de posición contractual la titular del predio: Constructora Inmobiliaria Inka de América SAC.
- Que se cumpla la condición suspensiva de designación del cesionario por parte del Banco de Crédito del Perú.

Confirmar la siguiente observación:

- Será necesario adjuntar e inscribir previamente tanto el contrato de arrendamiento financiero celebrado entre el Mall Aventura SA y el Banco de Crédito del Perú el 24 de mayo de 2019, así como los contratos de subarrendamiento, en la partida del derecho de superficie.



III. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

En la presente sección, se identificará y desarrollará el análisis de cada uno de los problemas identificados en la presente Resolución Registral; para tales efectos, en cada problema principal, se desarrollará preguntas secundarias que coadyuvarán a resolver la cuestión principal de manera integral.

i) Primer problema jurídico: A efectos de Registros Públicos, ¿es necesario que el propietario del suelo intervenga en los actos jurídicos del superficiario?

Para responder a esta pregunta, en primer lugar, nos aproximaremos al derecho de superficie, a partir de la definición y naturaleza de dicho derecho, teniendo en cuenta el marco regulatorio y la doctrina correspondiente. Cabe resaltar que, esto nos permitirá tomar conocimiento de las partes involucradas en la constitución del derecho de superficie, lo cual será relevante para la siguiente sección.

En segundo lugar, se abordará cuáles son los derechos que tiene el superficiario de la edificación, considerando a la doctrina nacional y el Código Civil.

En tercer lugar, se realizará un análisis pertinente con relación al argumento de la decisión del Tribunal Registral. Específicamente, si ha sido o no correcto lo indicado por el Tribunal que -en virtud del método de integración por analogía *ad maiorem ad minus* respecto a la transmisibilidad del derecho de superficie- se puede ejercer otros derechos sobre la edificación del superficiario y, por ende, sí se podría inscribir la cesión de posición contractual (bajo condición suspensiva) respecto de los subarrendamientos, el cual es objeto de la rogatoria.

Así, después de haber sentado conceptos claros, se responderá de manera clara y precisa la pregunta principal que hemos planteado.

1. ¿Cuál es la definición y regulación del derecho de superficie en el Perú?

En el presente apartado, nos acercaremos al derecho de superficie desde la definición del Código Civil, determinando la naturaleza del derecho, así como también brevemente desde la doctrina jurídica. Para comenzar, es necesario señalar que, por ubicación normativa, el derecho de superficie se encuentra regulado entre los artículos 1030 y 1034 del Código Civil, contenido en el Libro V del mismo, correspondiente a los Derechos Reales.

Puntualmente, el derecho de superficie se encuentra definido en el artículo 1030 del Código Civil¹ el cual indica que, en virtud de la constitución del derecho de superficie, el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. En el segundo párrafo del mismo artículo, se indica que este derecho no puede durar más de noventa y nueve años y, a su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido, debiendo reembolsar su valor, salvo pacto en contrario. Adicionalmente, el artículo 1031² dispone que el acto de constitución del derecho de superficie es mediante o acto entre vivos o por testamento.

De lo señalado por este artículo, Eugenio Ramírez Cruz señala que se entiende que el derecho de superficie presenta dos tipos de elementos: a) los elementos personales y b) los elementos reales: el suelo o terreno y la construcción; e indica que, en cuanto a los elementos personales, encontramos al concedente, que solo puede ser el dueño del suelo (*dominus solis*); y, al superficiario, quien sería el titular o beneficiario del derecho. En cuanto a los elementos reales, señala que también son dos:

1. El suelo. El suelo o terreno es la finca o predio de donde parte el derecho y que pertenece a alguien en propiedad. Es fundamental pues sin suelo no puede haber superficie, sea hacia arriba o hacia abajo.

¹Superficie: Noción y plazo Artículo 1030°.- Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

² Constitución o transmisibilidad

Artículo 1031°.- El derecho de superficie puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. Este derecho es transmisible, salvo prohibición expresa.

2. La construcción. El término “construcción” es más amplio y comprende así las edificaciones, como las plantaciones, siembras y todo tipo de obras. La construcción puede estar ya hecha (2017, p 171).

Asimismo, Eugenio Ramírez Cruz señala que *“el objeto del derecho de superficie, en sentido técnico es, por un lado, lo que estando incorporado al suelo, emerge del suelo: es el sobresuelo (superficiarium), también lo que está debajo del suelo (art. 1030)”* (2017, p. 171).

A efectos de tener claro las características de este derecho muy poco regulado en nuestro Código Civil, Francisco Avendaño relata los siguientes caracteres:

- i) Es un derecho real cuyo titular es la persona que tiene la facultad de construir sobre o bajo el suelo;
- ii) Recae sobre cosa ajena. La facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad es sobre o bajo del suelo del otro;
- iii) La superficie en el Perú da derecho a construir edificaciones;
- iv) **Otorga al superficiario derecho de propiedad sobre las edificaciones que levante. Esta propiedad confiere a su titular – el superficiario- todos los atributos del derecho de propiedad. En tal sentido, el superficiario puede usar, disfrutar y disponer de su edificación, como lo haría cualquier propietario, con la salvedad de que, al vencimiento del plazo, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto en contrario;**
- v) Tiene carácter predial. A diferencia del usufructo, que puede establecer sobre toda clase de bienes, las servidumbres solo pueden constituirse sobre el suelo, los predios, es decir sobre la división de la superficie terrestre; y,
- vi) Es un derecho temporal. Su plazo máximo de duración es de noventa y nueve años (2020, p 749) [Énfasis agregado]

También, se debe tener en cuenta junto con los elementos y el objeto, que el artículo 1030 del Código Civil indica que hay una propiedad separada durante el tiempo determinado, nunca mayor de noventa y nueve años.

Ahora bien, cabe preguntarse, ¿no se presumía que el dueño del predio extiende su propiedad al subsuelo y sobresuelo? Sobre el particular, Francisco Avendaño señala que

“en principio, el dueño del suelo es propietario de lo construido por encima o por debajo del suelo. La superficie es una excepción a ese principio” (2020, p. 748).

Entonces, si la superficie es una excepción al principio del que el dueño del suelo es propietario de la construcción, ¿estaríamos ante un derecho de propiedad como tal sobre lo construido?

Según Carlos Cárdenas Quirós sobre el derecho de superficie expresa que:

Definimos **al derecho de superficie, como un derecho real enajenable y transmisible por sucesión**, que confiere a su titular, durante un plazo determinado que no puede exceder al máximo fijado por ley (se trata de un derecho temporal), la facultad de tener y mantener en terreno ajeno sobre o bajo la superficie del suelo **una edificación en propiedad separada**, obtenida mediante el ejercicio del derecho anexo de edificar (concesión aedificandum) o por medio de un acto adquisitivo de la edificación preexistente (*el resaltado es nuestro*) (1983, p. 10).

De lo señalado por el autor, el derecho de superficie es un derecho de naturaleza real, susceptible de ser enajenable por el titular del derecho, durante el tiempo que ostente ello -nunca mayor de noventa y nueve años, plazo máximo de la ley -, según el negocio jurídico en concreto, y que le faculta **para tener una propiedad separada en terreno ajeno**.

Carlos Cárdenas Quirós continúa indicando que:

En ella coexisten según nuestra opinión, dos propiedades, rigiendo sobre cada una de ellas, y de manera absoluta, los atributos clásicos del derecho de propiedad: *el ius utendi*, *el ius fruendi* y *el ius abutendi*. Precisamente, en vista de este último, el propietario del suelo y el superficiario, tienen derecho de enajenar libremente sus respectivos dominios (1983, p. 26).

En vista de ello, el superficiario se configuraría propietario de lo construido y, como tal, habría dos propiedades, uno sobre la construcción y otro, sobre el suelo. Cabe resaltar que, esta posición también la sostiene Max Arias Schreiber, citado por Cárdenas, con la precisión de que “el derecho de propiedad que concede la superficie sobre los edificios levantados es temporal” (Cárdenas, 1983, p 21).

Adicionalmente, tal como indica Ramirez, otros autores como Marcel Planiol, Mario Rotond, Louis Josserard también sostienen que hay un derecho [de propiedad] como tal de lo construido. De hecho, Ludovico Barassi, citado por Ramírez, expresa que “*en virtud de este derecho la construcción pertenece al tercero, quien puede enajenar esta propiedad superficiaria independientemente del suelo, que no le pertenece*” (Ramírez, 2017, p. 161).

Complementado lo anteriormente mencionado, este componente de la propiedad de la construcción es parte de la doctrina clásica del derecho de superficie, ya que esta corriente indica que este derecho es uno de “*doble naturaleza del derecho de superficie: derecho de propiedad en relación con la construcción y derecho limitado en relación con el predio*” (Fernández, 2013, p. 28).

En esa línea, Fernández Salas³ también indica que, “*de acuerdo con la definición clásica del derecho de superficie, no hay discusión sobre la calidad del derecho que conforma la propiedad de la construcción; se trata de un derecho de propiedad, el derecho más absoluto dentro del sistema de derechos reales*” (2013, p. 29).

Consecuentemente, podríamos indicar que la doctrina mayoritariamente acepta y concluye que hay un derecho de propiedad de la construcción de lo edificado; por lo cual se le atribuyen los poderes y facultades que le corresponden al propietario: derecho de use, disfrute y disposición. Claro está que, por un tiempo limitado. Por lo tanto, estamos ante una figura de propiedad limitada.

Derecho de superficie en Registros Públicos

Teniendo en cuenta la parte conceptual del derecho de superficie, es necesario preguntarnos si existe alguna otra normativa que contemple el derecho de superficie en el Perú.

La respuesta es positiva, a través del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de SUNARP, se regula el espacio que tendrá el derecho de superficie dentro de Registros Públicos. Específicamente, se dispone el contenido de la inscripción del

³ También, hay una nueva concepción planteada por Fernández Salas, quien propone al derecho de superficie como modalidad de propiedad, lo cual significa que “el derecho de superficie respecto al sobresuelo o subsuelo constituye en sí mismo un derecho de propiedad, de manera independiente del suelo y, de este modo, se simplificaría la práctica comercial, ya que no se le aplicaría una regulación insuficiente del derecho de superficie” (2013, p 113 -115).

derecho de superficie (art. 141), anotación de la correlación (art. 142) y extinción del derecho de superficie (art. 143).

Así, en el artículo 141 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de SUNARP se establece que la inscripción del derecho de superficie dará lugar a una partida especial, la cual contendrá el plazo de duración de la superficie, la mención expresa que se trata de una partida especial, la indicación de que el derecho de superficie se concede sobre o bajo el suelo, entre otros.

Lo relevante de este artículo es la apertura de una partida especial, lo cual como bien refiere Eugenio Ramírez Cruz, es una visibilización de la acogida a la propiedad separada del derecho de superficie porque, de lo contrario, se aperturaría un asiento registral del derecho de superficie en la partida registral del suelo⁴ (2017, p 179).

De otro lado, el artículo 142 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios establece que simultáneamente a la inscripción del derecho de superficie, se inscribe en la partida registral del predio sobre el cual recaerá la superficie, una anotación de correlación en la que se indicará que se ha abierto una partida especial para el derecho de superficie, cuyo contenido incluirá los numerales del 2 al 5 del artículo 141 del Reglamento (los cuales ya mencionamos).

Asimismo, sobre comentarios a estos artículos vinculados a la inscripción del derecho de superficie, Sánchez Cerna señala que el derecho de superficie, le permite al titular la identificación de su derecho y sus alcances sobre el suelo con claridad e individualidad registral, así como también definir las limitaciones a su libre tráfico jurídico (2019, p. 466).

También, Guillermo Borda, citado por Sánchez, se pronuncia sobre las ventajas sociales y de mercado de una partida especial del derecho de superficie e indica que la identificación de los titulares del derecho de superficie hace que sea relevante en materia de tributación local, genera la garantía de la inviolabilidad del derecho en los términos contenidos en la Constitución (Art. 70), hace oponible el derecho a cualquier otro no inscrito, (Art. 2022 C.C.) lo completa o lo clarifica, y lo más importante genera la publicidad registral del patrimonio del titular del derecho de superficie, lo cual

⁴ Se deja por sentado que existe otra posición la cual indica que esto se asume por una técnica de practicidad registral y no por lo mencionado por el Dr. Eugenio Ramírez Cruz.

favorece a los acreedores de cualquier sistema de ejecución, individual o colectivo (Sánchez, 2019, p. 466).

Para concluir esta subsección, es importante señalar que la doctrina, mayoritariamente, acepta que existe una propiedad de la construcción (separada) de carácter temporal, la cual nace en virtud del derecho de superficie y, por ello, Registros Públicos tiene una consonancia con eso mismo, en la medida que permite la apertura de una partida especial. Particularmente, concordamos con esta posición, en la medida de aplicación de un punto de vista práctico jurídico y registral. Es relevante tomar en cuenta ello, para ver y evaluar la institucionalidad que toman al derecho de superficie en Perú.

A continuación, se verá brevemente cuáles son los derechos del superficiario, teniendo en cuenta lo citado previamente.

2. ¿Cuáles son los derechos de superficiario?

Después de haber realizado un breve paso por el derecho de superficie, es necesario desarrollar los derechos del superficiario. Debido a nuestra regulación insuficiente de esta figura jurídica (como hemos visto solo hay cinco artículos en el Código Civil), los derechos y obligaciones estarán pactados en el acto de constitución del derecho de superficie, pero no deberán contravenir estipulaciones imperativas, tal como el plazo máximo del derecho de superficie establecido en el artículo 1030 del Código Civil.

Siguiendo esa línea, como se ha podido ver, el superficiario tiene los siguientes dos derechos: i) el derecho de construcción sobre o bajo la superficie, y ii) el derecho de propiedad de la construcción.

Conforme a estos dos derechos que ostenta el superficiario, Eugenio Ramírez Cruz, en primer lugar, precisa que el derecho de construir podrá comprender las edificaciones, pero también las plantaciones y obras en general, pudiendo ejecutarse sobre o bajo el suelo (CITA). Por el contrario, Carlos Cárdenas Quirós señala que *“la construcción solo puede ser sobre tierras edificables, es decir sobre predios urbanos. No puede constituirse por tanto sobre plantaciones como lo admite el Código Portugués entre otras legislaciones”* (1983, p 22). Como se puede ver, aún existe una incongruencia a qué abarca este “derecho de construcción”, por lo que es necesario brindarle de mayor contenido en el Código Civil al respecto. De hecho, actualmente, el anteproyecto de la

reforma del código civil tiene una excelente oportunidad para regular mejor este derecho, pero según lo publicado, no existe una reforma sobre el derecho de superficie.

En segundo lugar, Eugenio Ramírez Cruz indica que, respecto al derecho de propiedad de la construcción, esto desprende los siguientes atributos:

✓ ***Uso y disfrute***

- El superficiario tiene el uso (uti), el goce o disfrute (fruti) de la obra o construcción, mas no del suelo. Esto es lo que tipifica al derecho de superficie. Según el Código Civil, el superficiario adquiere “la propiedad separada” de la construcción.

✓ ***Disposición***

- El superficiario tiene además la disposición de la obra construida pero no del suelo o predio. Puede por consiguiente enajenar, gravar y en general disponer de la construcción sea a título oneroso o gratuito.

Entonces, al haberse constituido el superficiario, este ostenta el derecho de use, disfrute y disposición. Como se ha visto previamente, esto también argumentan Francisco Avendaño, Max Arias-Schreiber y Carlos Cárdenas Quirós, entre otros.

Con referencia al acto de disposición, el artículo 1031 del Código Civil expresa que:

Constitución o transmisibilidad

Artículo 1031°.- El derecho de superficie puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. Este derecho es transmisible, salvo prohibición expresa

De lo anterior, se desprende que el derecho de superficie es susceptible de ser transmisible, lo cual se condice con el derecho de disposición. Cabe indicar que, sobre el acto de transmisibilidad, no estaba contemplado en el código civil de 1936, recién se estableció ello en nuestro código vigente, promulgado en el año 1984.

Habiendo desarrollado los derechos del superficiario y el derecho de superficie, como tal, en el próximo numeral, abordaremos la interpretación del Tribunal Registral sobre el derecho de superficie, el cual está vinculado con el acto que se busca inscribir.

3. ¿Es correcto lo indicado por el Tribunal Registral que, en virtud del método de integración por analogía *ad maioris ad minus* respecto a la transmisibilidad del derecho de superficie, se puede ejercer otros derechos reales sobre la edificación del superficiario?

En la presente sección, se analizará si es correcta o no la razón por la cual el Tribunal Registral decidió la revocación de la observación realizada por el registrador, la cual indicaba que no era necesaria la intervención del propietario del suelo para el acto que se buscaba inscribir.

El Tribunal Registral en la Resolución Sunarp N°473-2020 (materia del presente trabajo), argumenta que, si el superficiario está facultado para transferir su derecho, debería estar igualmente facultado para poder realizar o constituir otros derechos reales o personales que supongan efectos menos gravosos, tal como entregarlo en usufructo, constituir servidumbre, entre otros.

Al haberse señalado ello, entonces, cabe cuestionarse lo siguiente ¿el Tribunal Registral se ha referido a una analogía normativa?

Desde nuestra consideración, el razonamiento utilizado por el Tribunal Registral responde a la utilización de una analogía normativa denominada *ad maioris ad minus* (“*el que puede lo más, puede lo menos*”), en virtud del cual se aplica como un mecanismo de la integración jurídica, cuya utilidad es brindar una respuesta ante una laguna normativa. Al respecto, según Marcial Rubio, señala que:

La integración jurídica, así, no aplica normas, sino que en realidad crea una norma para el caso. Lo particular de la integración jurídica es que produce normatividad, pero no mediante las fuentes formales del derecho, sino mediante la aplicación del derecho mismo. Naturalmente la integración jurídica sería un peligro para el sistema estructural del derecho si, luego de trabajarse cuidadosamente los otros aspectos (fuentes, norma, interpretación, etcétera), simplemente todo se soslayara recurriendo a la creación de normas por esta vía. Además, su utilización es restrictiva, debido a precisamente a que, en el sistema Romano – germánico, en el sentido de que las normas las da, principalmente, el organismo que tiene atribución normativa (2020, p 268).

Desde nuestro punto de vista, en este caso, no se presenta una laguna normativa para alegar el uso de la integración jurídica mediante la analogía normativa, debido a dos motivos (que ya hemos visto previamente): i) el legislador en el propio artículo 1030 del Código Civil dispone que, en virtud del derecho de superficie, hay una construcción de la edificación, lo cual es propiedad separada sobre o bajo el suelo (temporalmente); y, ii) la doctrina nacional ampliamente acepta que hay un derecho de propiedad superficiaria sobre la construcción y, por ende, se aplicarían las reglas de propiedad. A su vez, tal como nos hemos referido en el numeral primero, existe una titularidad registral del superficiario distinto al propietario del suelo.

Siendo esto así, el superficiario es propietario de la construcción de lo edificado, por tanto, tiene el derecho de usar, disfrutar y disponer del bien. En esa línea, sobre el acto materia de rogatoria, no es necesario la intervención del propietario del suelo para poder inscribir dicho acto, por cuanto el superficiario ostenta el derecho disfrute del bien, es decir, de poder explotarlo, pero no por la aplicación de una analogía normativa, sino que es porque al superficiario se le faculta y tiene el derecho directo de esa propiedad construida por él.

Para finalizar este numeral, estimo pertinente que se respete un orden lógico de la normativa y la doctrina mayoritariamente aceptada para las figuras jurídicas, cuando el Tribunal Registral esté frente a un caso. Creo que, en el presente caso, no se ahondó lo suficiente para el pronunciamiento, tal como lo hemos tratado de hacer en esta investigación. A su vez, y también como refiere Marcial Rubio, tiene que tenerse presente que la analogía normativa debe ser usada de carácter excepcional, por cuanto el uso de esta atentaría contra el ordenamiento jurídico y necesitamos promover mayor institucionalidad al mismo.

Entonces, podríamos responder la pregunta principal planteada señalando que no es necesario que intervenga el propietario del suelo para los negocios jurídicos que pudiese realizar el superficiario con la construcción, ya que este tiene un derecho directo sobre la propiedad superficiaria.

ii) Segundo problema jurídico: ¿El Tribunal Registral, en virtud del principio del tracto sucesivo, puede disponer la inscripción del contrato de arrendamiento financiero, a pesar de que existe una ley especial respecto a la no obligatoriedad de la inscripción de dicho acto?

El Tribunal Registral decidió que se debía inscribir el contrato de arrendamiento financiero, así como los subcontratos de arrendamiento materia de este caso, con la finalidad de que se cumpla el principio tracto sucesivo, a pesar de que el usuario alegó que el Decreto Legislativo N°299 “Ley de Arrendamiento Financiero”, en su artículo octavo, indica de manera expresa que el acto de inscripción del arrendamiento financiero es facultativo.

De lo previamente señalado, en un primer plano, pareciese que el Tribunal Registral omitiera la ley especial respecto al carácter facultativo del arrendamiento financiero, el cual está contemplado en el Decreto Legislativo N° 299. En vista de ello, es oportuno realizar un análisis de este problema jurídico, el cual versa sobre si el Tribunal Registral, en virtud del principio de tracto sucesivo, puede disponer la inscripción del contrato de arrendamiento financiero.

Para abordar este problema jurídico, en primer lugar, se desarrollará algunos alcances del contrato de arrendamiento financiero, así como la regulación específica sobre su inscripción en Registros Públicos. En segundo lugar, se planteará si es correcto o no el análisis del Tribunal Registral respecto a que, en virtud del principio de tracto sucesivo, se inscriba previamente el contrato de arrendamiento financiero entre el BCP y el Mall Aventura S.A. Cabe precisar que, en esta subsección, se desarrollarán tres argumentos por los cuales consideramos que, además de lo indicado por el Tribunal Registral, es pertinente hacerlos presente: i) principio vs regla de no obligatoriedad; ii) interpretación *ratio legis* e iii) interpretación sistemática.

Finalmente, se concluirá esta sección respondiendo la pregunta principal, así como también brindando mi opinión personal sobre la decisión del Tribunal Registral.

1. Aproximación al Contrato de Arrendamiento Financiero

En un primer aspecto, es pertinente remitirnos a la regulación legal del contrato de arrendamiento financiero y cuál es la finalidad de este tipo de contratos. De acuerdo con el artículo 1677 del Código Civil, el arrendamiento financiero o leasing se rige por la legislación especial y, supletoriamente, por el Código Civil en cuanto le sean aplicables.

En ese sentido, es de aplicación la ley especial, el Decreto Legislativo N° 299 “Ley de Arrendamiento Financiero” (en adelante, la “Ley de Arrendamiento Financiero”) a través del cual en su artículo 1 define lo siguiente:

Artículo 1.- Considérese Arrendamiento Financiero, el Contrato Mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado.

Al respecto, Vidal Blanco indica que el leasing:

Es el contrato mercantil en virtud del cual un empresario, cumpliendo instrucciones expresas del presunto arrendatario, compra en nombre propio determinados bienes muebles o inmuebles, para que, como propietario arrendador, los alquile al mencionado arrendatario, para que este los utilice por un periodo irrevocable a cuyo término tendrá opción de adquirir la totalidad o parte de otros bienes arrendados, por un precio convenido previamente con el propietario arrendador, considerándose que todos los desembolsos que efectúa el futuro arrendador son por cuenta del presunto arrendatario hasta la iniciación del periodo de arrendamiento (Vidal,1977, como se cita en Chaparro, 2017, p9).

Cabe resaltar que, esta modalidad contractual es un mecanismo de financiamiento para poder acceder de manera más factible a los créditos. La función del contrato de arrendamiento financiero es económico-social, pues “a través del leasing se financia el uso del bien, permitiendo de esta manera acceder a la utilización de bienes idóneos necesarios para la expansión de la producción” (Reategui, 1997, como se citó en Soria, 2008, p 383)

Alfredo Soria en su texto “*El contrato de Leasing; Algunos apuntes acerca de su actual regulación en el Perú*” nos brinda unos elementos esenciales del contrato de arrendamiento financiero:

- Cesión del uso del bien de manera temporal. El cual permitirá al arrendatario conseguir el objetivo de explotar y utilizar comercialmente el bien objeto del contrato de leasing. Además de ello, se precisa que el plazo del contrato debería

ser equivalente a la vida útil del bien, sin embargo, no hay impedimento para acordar plazos distintos.

- Contrato de carácter oneroso. El arrendatario pagará una contraprestación periódica, las cuales podrán ser un monto fijo, variable o reajutable.
- Opción de compra. Es necesario que exista la opción de compra a favor del arrendatario, no es suficiente el pacto de la posibilidad de hacer a futuro una opción de compra, ni la indeterminación del valor residual (Soria, 2008, p 380).

Sobre el particular, Carlos Cárdenas indica que el “contrato de opción contenido en el contrato de arrendamiento financiero le es aplicable el artículo 1422 del Código Civil que establece que el contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo. Por tanto, deberá pactarse claramente el valor residual” (Cárdenas, 1994, p 491).

Por otro lado, sobre la inscripción del contrato de arrendamiento en Registros Públicos, la Ley de Arrendamiento Financiero, en su artículo octavo, modificado por la octava disposición complementaria modificatoria del Decreto de Urgencia N° 013-2020, publicado el 23 de enero de 2020, señala lo siguiente:

Artículo 8. El contrato de arrendamiento financiero se formalizará por cualquier medio físico, digital o electrónico que deje constancia de la voluntad de las partes, con la debida autenticación de los contratantes, mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes. La inscripción del contrato de arrendamiento financiero en el Registro correspondiente que forma parte de la SUNARP es facultativa.

Es decir, según la fuente normativa, la inscripción del contrato de arrendamiento financiero no es obligatorio, sino que depende de las partes contractuales que ello se publicite en el Registro, ya sea en el de inmobiliario o mobiliario.

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿previamente a esta modificación, era obligatoria la inscripción del contrato de arrendamiento financiero?

La respuesta es muy sencilla, no. De hecho, desde la creación de la Ley del Arrendamiento Financiero, se dispuso lo siguiente:

Artículo 8.- El contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura pública, la cual podrá inscribirse, a pedido de la locadora, en la ficha o partida donde se encuentre inscrita la arrendataria.

Una vez señalado el marco general del contrato de arrendamiento financiero y su legislación nacional, así como la funcionalidad del mismo, en el próximo acápite, se realizará el análisis respecto a si es correcto o no que Tribunal Registral haya dispuesto la inscripción del contrato de arrendamiento financiero cuando, como se ha visto, la norma especial contempla la no obligatoriedad del contrato de arrendamiento financiero.

2. ¿Es correcto que el Tribunal Registral haya dispuesto que se inscriba el contrato de arrendamiento financiero, cuando la ley especial estableció la no obligatoriedad de la inscripción?

Desde mi consideración, sí es correcta la decisión del Tribunal Registral, la cual solicitó la presentación e inscripción del contrato de arrendamiento financiero, en virtud del principio del tracto sucesivo. A continuación, esbozaré algunos argumentos de sustentación a favor de ello.

Así, en primer lugar, se desarrollará un punto sobre el análisis funcional de los principios *versus* las reglas, debido a que estamos ante el siguiente panorama: el principio registral de tracto sucesivo *versus* la regla de la no obligatoriedad de la inscripción del contrato de arrendamiento financiero. De esta manera, se buscará brindar un análisis integral, ya que no pueden leerse las normas de manera poco articulada o sin una lectura sistemática; de lo contrario, estaríamos ante una lectura meramente literal de las leyes.

En segundo y tercer lugar, correspondientemente, se realizará una interpretación sistemática y de *ratio legis* de la Ley del Arrendamiento Financiero, así como también el criterio teleológico de aplicación a este caso.

De manera previa a la reflexión que se llevará a cabo, es puntual dejar en claro que la sustentación de las interpretaciones que se otorgará para apoyar la decisión del Tribunal Registral son adicionales de las que brindó el Tribunal Registral. Asimismo, quisiera recalcar brevemente la labor de interpretación del tribunal registral, previamente a poder analizar los siguientes argumentos.

Por un lado, debemos tener presente que el Tribunal Registral es un órgano que resuelve en segunda y última instancia administrativa las apelaciones contra las observaciones o tachas formuladas por el Registrador, según el artículo 54 del Reglamento de Organizaciones y Funciones. Teniendo en cuenta que es una instancia administrativa encargada de dirimir y resolver las apelaciones presentadas por el usuario, al emitir las resoluciones del Tribunal Registral, corresponden a uno de carácter administrativo y, por tanto, sería necesario una motivación suficiente, coherente y completa que sustente la decisión resolutoria.

En ese sentido, Diego Zegarra Valdivia se pronuncia sobre las motivaciones que emiten las instancias administrativas e indica que estas deben de ser fruto de una exégesis racional, no de una mera arbitrariedad. Una vez expresado ello en la motivación administrativa, el control jurisdiccional podrá evaluar si hubo una justificación por la cual se decidió de determinada manera por la administración pública, pero esto deberá ser evaluado caso por caso posteriormente (2006, p 59).

¿A qué se refiere con la exégesis racional? Pues, a una interpretación racional. En esto debe estar basado las resoluciones administrativas. Ante ello, es preciso señalar que *“cierta interpretación tiene lugar siempre, porque siempre debemos asignar un significado a una disposición para poder aplicarla. Cuestión diversa es si esta interpretación es más o menos compleja, si sucinta mayor o menos adhesión”* (Gascón, 2005, p 139).

De esta manera, podemos indicar y confirmar que la motivación necesariamente es una exteriorización de la interpretación⁵, algunas veces de carácter más compleja que otras, pero finalmente de aplicación. También, quien ratifica ello es Shoshana Zusman T. quien indica que:

⁵ Cabe precisar también que, hay una posición contraria, quien sostiene que la interpretación solo cabe cuando hay duda, que no es siempre su necesaria aplicación. Esto se argumenta en la famosa frase *“in claris non interpretatio”*. Sin embargo, actualmente, es menor la posición que se adscribe a ello.

La autoridad administrativa también interpreta la ley, sea que su misión consista en aplicarla (policía), expedir autorizaciones (la municipalidad), investigar actos que afecten a los usuarios (las agencias reguladoras), conceder derechos y establecer obligaciones (los tribunales administrativos), aplicar sanciones (tribunales sancionadores) o en una combinación de todas ellas. **En el desempeño de sus funciones, pues, la administración pública recurre a la interpretación** (*el resaltado es nuestro*) (2018, p 63)

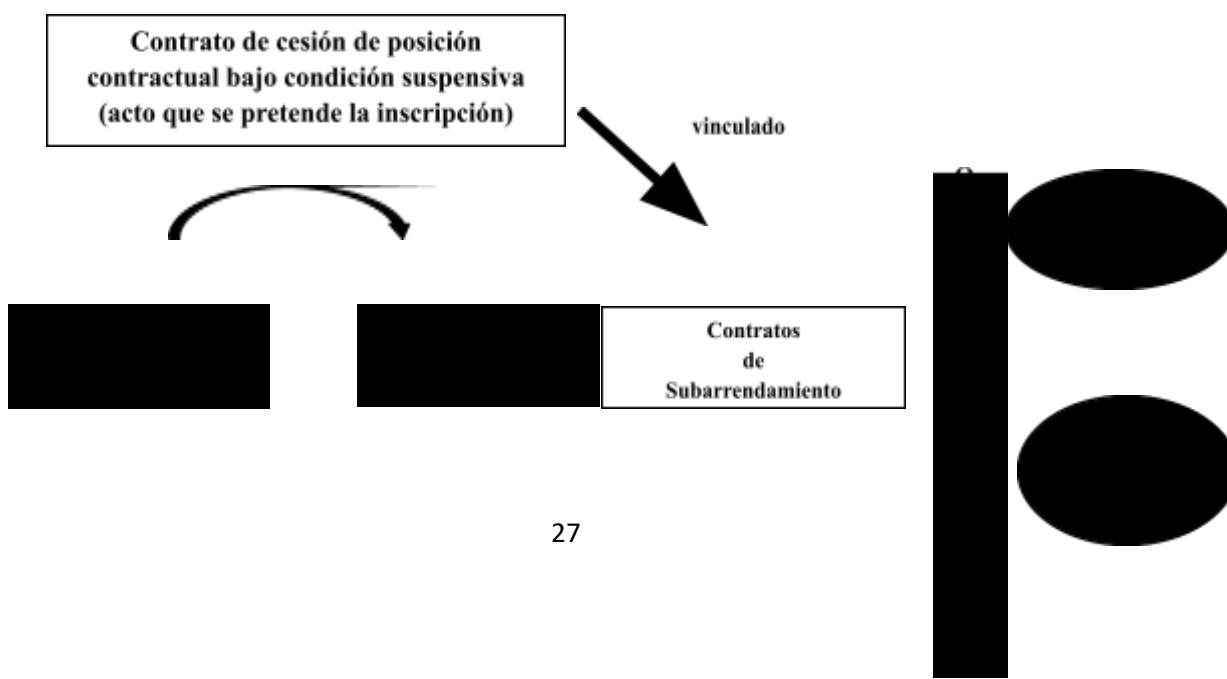
Así, Zusman señala que “cuando una argumentación está vinculada con el decidir, la motivación es esencial y es mucho más sólida si se funda en un valor (seguridad, orden, justicia, etc). De ahí que en todos los campos del derecho donde existe controversia se exige motivación (por ejemplo, derecho administrativo, procesal)” (2018, p 39).

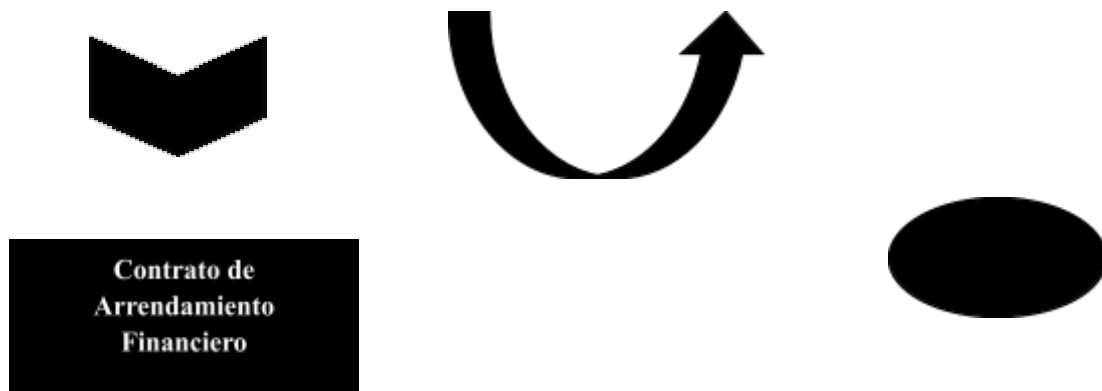
Queríamos dejar sentado ello, previamente a los métodos de interpretación que se utilizará.

2.1. Principio de tracto sucesivo *versus* la regla de la no obligatoriedad de la inscripción del contrato de arrendamiento financiero

En la Resolución N° 473-2020 – SUNARP-TR-L, tal como se ha descrito en los hechos del caso, se pretende la inscripción de un contrato de cesión posición contractual bajo condición suspensiva respecto de todos los contratos de subarrendamiento suscrito entre los operadores del Mall Aventura S.A. y este último. Para tales efectos, el usuario indica que el “cesionario” será la persona que sustituirá al Mall Aventura S.A. en el Contrato de Arrendamiento Financiero, de acuerdo con lo previsto en dicho contrato y, por ende, también en los subarrendamientos.

Para un mejor entendimiento, a continuación, un breve esquema de la operación:





En esta operación compleja, el usuario en su rogatoria solicitó lo siguiente:

La inscripción del contrato de cesión de posición contractual, bajo condición suspensiva, que otorga el Mall Aventura, en su calidad de arrendatario, a favor del cesionario en todos los contratos de subarrendamiento.

Como ya se mencionó en los hechos del caso, el Registrador observó sobre este punto, indicando que resultaba necesario que se adjunte e inscriba previamente el contrato de arrendamiento financiero y los subarrendamientos celebrados. Al respecto, el usuario apela indicando que no es necesario ello, ya que el contrato en sí mismo de cesión de posición contractual contiene con la información necesaria.

El Tribunal Registral resuelve este punto, confirmando la postura del Registrador, y lo sustenta en virtud del principio de tracto sucesivo. A su vez, hace presente el carácter facultativo de la inscripción del contrato de arrendamiento financiero, según el artículo octavo de la Ley del Arrendamiento Financiero de la siguiente manera:

14. Ahora, ¿es también requisito previo que se inscriba el contrato de arrendamiento financiero? Si bien conforme al artículo 8 del Decreto Legislativo 299 la inscripción del contrato de arrendamiento financiero en el Registro correspondiente es facultativa, esto no implica que en el ámbito de la calificación registral no deba requerirse su inscripción. En efecto, este Tribunal concuerda que, en aplicación del ya señalado principio de tracto sucesivo, sí es indispensable que el arrendatario Mall Aventura adquiera legitimidad dispositiva registral para inscribir los contratos de subarrendamiento. Y esto se logra con la inscripción previa del arrendamiento financiero.

Si bien estoy de acuerdo con la decisión del Tribunal Registral respecto a la inscripción en virtud del principio de tracto sucesivo, considero que es oportuno y da a lugar a realizar un breve análisis integral desde el ángulo de la teoría general del derecho, sobre los principios versus las reglas normativas.

A juicio de Atienza y Ruiz Manero:

El concepto de «*principio jurídico*» puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, entre las cuales, los más significativos son los siguientes: en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, como se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; y, en fin, en el sentido de **regula iuris, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo** (*resaltado es nuestro*) (1991, p. 103).

En ese sentido, según Atienza y J. Ruiz Manero señalan también que “*los principios son más que las reglas en dos sentidos. Por un lado, porque al estar enunciados -o poder enunciarse- en términos más generales, tienen un mayor alcance justificatorio. Por otro lado, tienen una mayor fuerza expansiva*” (Atienza, 1991, como se cita en Peczenick, 1992)

Conforme a una primera aproximación, y la mayoritariamente aceptada, los principios normativos son aquellos que tienen mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico, debido a que estos inspiran a la construcción de las normas jurídicas (tanto legales como reglamentarias) y, por tal motivo, tienen una especial importancia en el sistema jurídico. Por ejemplo, los principios de carácter valorativo recogen un alto valor para la sociedad, tal como el principio de la libertad; los principios técnicos recogen un valor significativo para determinada especialidad, tal como el principio de “*no contradicción del legislador*” o “*primero en el tiempo, primero en el derecho*”.

Sobre el caso en particular, pues estamos ante un principio de tracto sucesivo, recogido expresamente el artículo 2015 de Código Civil en el Libro de Registros Públicos, siendo

este un principio tecnicista recogido en la especialidad del derecho registral. Y, de otro lado, la regla jurídica de no obligatoriedad de inscripción del contrato de arrendamiento. En esa línea, por lo expresado previamente, debería primar el principio jurídico registral sobre la regla jurídica de no obligatoriedad, en tanto que se aplicaría el criterio de jerarquía normativa, así como también el revestimiento especial y de importancia del principio jurídico.

A su vez, Pau Pedrón indica que:

Creo que se puede sostenerse que se trata, no de presupuestos del sistema registral, no de normas fundamentales, tampoco de notas básicas. Ni de criterios fundamentales, ni de meras reglas de procedimiento en unos casos y consecuencias del sistema registrado adoptado en otros, **sino de principios del derecho positivo**, con carácter informador del ordenamiento registral, carácter que se deriva una triple función: Como facilitador de la interpretación de las normas registrales, **porque en la duda la interpretación ha de efectuarse según los principios**; como integrador del ordenamiento jurídico registral; y por último, como **acotador** del marco dentro del cual ha de actuar el redactor de los textos legales y reglamentarios (*el resaltado es nuestro*) (2001, p 181).

Asimismo, Delgado Sheelje señala lo siguiente:

Los principios registrales, en tanto características o rasgos fundamentales que dan forma sustancial a un determinado sistema, no son otra cosa sino las diversas maneras como este sistema de publicidad registral, en particular, cumple sus funciones de seguridad jurídica (2000, p 20).

Siguiendo esa línea, Jorge Ortiz Pasco también sustenta a los principios registrales como aquellos “*que constituyen normas rectoras del procedimiento registral que, además de contar con todo el sustento doctrinario que le permite convertirse en tales, consagran el soporte contenido en el Código Civil, ya que el mismo los ha incorporado en su normatividad*” (2005, p 9).

Como se ha podido ver, la doctrina registral también sustenta la trascendencia de los principios registrales, ya que esto sirven como base para cumplir, efectivamente, la función de dar publicidad y, por ende, cumplir con el principio de seguridad jurídica. Y,

tal como se hizo referencia Pau Pedrón, en caso de alguna duda de interpretación, pues tendrá que optarse por los principios registrales.

Sobre el principio de tracto sucesivo, más allá de la normatividad del artículo 2015 del Código Civil, el cual indica que ninguna inscripción se hace sin que esté inscrito o se inscriba previamente el derecho de donde emane, es preciso ver el desarrollo en sede doctrinaria y sede registral.

Sobre el particular, Ortíz Pasco indica que el Principio de Tracto Sucesivo es necesario en el registro de predios, pues se necesita seguir un orden para evitar que cualquiera pueda ingresar su título al Registro sin necesidad de que el derecho de su transmitente se encuentre previamente inscrito, dándose situaciones en las que conste más de un propietario en la partida de un mismo bien. Es así que, como consecuencia de la adopción del Principio de Tracto Sucesivo, se requiere –para la inscripción de un título– que se encuentre previamente inscrito el derecho del transmitente (2007, p 45).

También, José Antonio Álvarez Caperochipi señala que este principio tiene como lógica una cadena de orden causal de las inscripciones, con el objetivo de facilitar el conocimiento exacto del historial jurídico de un predio (2006, p153).

En sede registral, se ha visualizado en diversas resoluciones un desarrollo sobre el principio de tracto sucesivo. Por ejemplo, en la siguiente Resolución N° 506-2013-SUNARP-TR-A se señala en su considerando cuarto indica que “*se trata de un principio de carácter formal que busca preservar el orden lógico y el encadenamiento de las inscripciones de modo que el adquiriente de hoy sea el transferente de mañana*” (2013, p 6)

No solo en esa resolución registral se habla sobre el tracto sucesivo, sino que también podemos encontrarla en la Resolución 1245-2015 TR, la cual señala que el Registrador al verificar que el acto por el cual se realiza la disposición no es realizada por el titular que aparece en Registros Públicos, corresponderá el rechazo de aquel acto (2015, p 2)

Siguiendo la línea sobre la verificación del registrador junto con el principio de tracto sucesivo, en la Resolución N° 610-2016-TR, se expresa que “**el principio de tracto sucesivo tiene un carácter formal, toda vez que afecta exclusivamente al funcionamiento del registro, ya que pertenece al proceso, forma o procedimiento de inscripción y se dirige al Registrador** (*el resaltado es nuestro*) (2016, p 5)

En conclusión, sí ha sido correcto que en este caso prime el principio registral del tracto sucesivo sobre la regla de no obligatoriedad de inscripción del contrato de arrendamiento financiero, en aplicación del criterio de jerarquía e importancia de los principios registrales. Además de ello, en caso de que no se hubiese preferido a este principio registral, se hubiera quebrado la institucionalidad de los Registros Públicos.

Cabe indicar que, si bien es cierto que los Registros Públicos no son de carácter constitutivo, ni obligatorio, esto no significa de modo alguno que no deba ser una institución respetada respecto a sus principios rectores. Así, en caso se requiera dar publicidad (lo cual es la finalidad principal de Registros) a algún acto contenido en un título, de todas maneras, estos títulos que se presentan deben saber cuáles son “las reglas de juego” y, sobre todo, dejar de considerar al derecho registral irrelevante o poco valorativo, tanto para la sociedad como para la comunidad jurídica.

Por último, es importante resaltar que la función principal de Registros Públicos es otorgar publicidad, para cumplir con el principio de seguridad jurídica. Esta finalidad de Registros es que el tercero interesado, en virtud del principio de tracto sucesivo, al momento de acudir a una partida registral pueda ver efectivamente la historia registral del predio.

2.2. Interpretación *ratio legis*

Además de lo previamente señalado, se debe tener en cuenta la interpretación de la *ratio legis*. Como bien se sabe, la interpretación de la *ratio legis* es aquella que se utiliza para encontrar “el qué quiere decir” de las fuentes normativas, con el objetivo de brindar una interpretación más allá de la solamente literal, dado que esta última resulta insuficiente.

Para Marcial Rubio, para encontrar la razón normativa, debe procurar buscarse en los documentos que van conformado la norma jurídica, tal como fundamentaciones, antecedentes, entre otros, mediante el uso del método histórico (2009, p. 240).

Sobre lo señalado previamente, este método interpretativo es pertinente para analizar la Ley del Arrendamiento Financiero, con relación al carácter facultativo de la inscripción y descubrir cuál fue la razón de ser del artículo octavo (desde mi postura).

El Decreto Legislativo N°299, mediante el cual se promulgó la Ley de Arrendamiento Financiero, se expidió en julio de 1984 durante el gobierno de Belaunde Terry, quien

recibió el país en una profunda crisis económica y populista tras el gobierno militar de Morales Bermúdez. La finalidad del segundo gobierno de Belaunde era sacar al país de la crisis que vivía el país, con la inflación y la deuda externa.

Según Gonzales Olarte, en *El péndulo peruano: políticas económicas, gobernabilidad y subdesarrollo*, indica que “luego de la experiencia populista militar, el segundo gobierno belaundista orientó su política económica bajo el signo del semiliberalismo y la ortodoxia” (1991, p 32).

Es así que, en este contexto se expide la Ley de Arrendamiento Financiero, la cual contiene disposiciones precisas sobre el plazo del contrato de arrendamiento financiero, responsabilidad de daños, beneficio régimen tributario, mérito ejecutivo, entre otros, con la finalidad de que las instituciones financieras puedan brindar acceso a créditos de manera más factibles a las personas, en el margen de la promoción económica y la búsqueda de la estabilidad de la mismas. Esto, sin duda alguna, ha sido un mecanismo financiero que ha ayudado mucho al crecimiento económico, en especial, a las personas jurídicas que persiguen un fin económico y necesitan -en su mayoría - bienes muebles para lograr ello (refiriéndonos al leasing de bienes muebles).

Ahora bien, antes de esta expedición normativa, también estaba regulado el arrendamiento financiero en el Decreto Ley N° 18957, Decreto Legislativo N° 212 y Decreto Supremo N° 097-82-EFC, aunque su regulación era mucho menos desarrollada a diferencia de la actual.

Respecto a la inscripción en Registros Públicos del contrato de arrendamiento financiero, a diferencia de la normativa actual, el Decreto Supremo N° 097-82-EFC expresaba que los bienes materia de arrendamiento financiero debían de inscribirse en Registros Públicos. Es decir, la regla que se desprendía de la fuente normativa era la obligatoriedad, no el hecho de ser facultativo.

Entonces, ¿por qué pudo haberse dejado de regular en la actual normativa la obligatoriedad de la inscripción?

Desde mi consideración, por dos motivos principales: i) teniendo en cuenta el contexto histórico⁶-social que se vivía, probablemente haya sido para otorgarle más ventajas al sector financiero, disminuyendo las cargas y costos lo máximo posible - a medida que

⁶ Un dato histórico que también sería bueno tener en cuenta es que el gobierno militar en su momento tenía la idea de configurar el registro público como uno de carácter obligatorio.

se aumentan los costos en una operación, esto repercute también en el costo que asume el cliente (una medida que responde a una lógica económica)-; y, ii) que, en el mes de julio de 1984 se promulgó también el nuevo código civil y, de acuerdo a lo que nos rige actualmente, los actos de inscripción del registro de propiedad inmueble no son obligatorios en Registros Públicos .

Asimismo, cabe indicar que, la última modificatoria sobre el artículo octavo de la ley del arrendamiento financiero (relacionado a la inscripción), la cual fue modificada por la octava disposición complementaria modificatoria del decreto de urgencia N° 013-2020, publicado el 23 de enero de 2020, también respondió a una lógica económica porque en su exposición de motivos se indicaba que la finalidad de dicha modificatoria era para promover el financiamiento de las mypes y pequeñas empresas.

Sin perjuicio de que, actualmente, no sea obligatorio la inscripción del contrato de arrendamiento financiero en Registros Públicos, de todas maneras, la ley le otorga una vocación inscribible a dicho acto. Por lo cual, se desprende que es un acto trascendente para el Registro, ya que tampoco cualquier acto puede llegar al mismo. Estamos pues, ante el principio de trascendencia o relevancia registral, el cual lo abordaremos en el siguiente acápite relacionado a la interpretación sistemática.

2.3. Interpretación Sistemática

Según Marcial Rubio Correa, sobre la interpretación sistemática señala que esto es una característica del propio orden estructural del derecho. El análisis del sentido de una norma en función de sus grupos, subconjuntos y conjuntos contribuye a aclarar el significado de las normas (2009, p 242).

Este método de interpretación sistemático se da en aras de poder lograr un mejor entendimiento y finalmente encontrar sinergia o engranaje de nuestro sistema jurídico, porque no vivimos en áreas del derecho aisladas, sino que respondemos a ser uno solo.

De este modo, en este caso en particular, es preciso desarrollar el principio de relevancia o trascendencia registral que se recoge en la misma fuente normativa de la Ley de Arrendamiento Financiero, tal como se vio en el último párrafo del 2.2. Para ello, debemos acudir al derecho registral y sus principios rectores.

¿Cuál es el principio de trascendencia o relevancia registral?

De acuerdo con Delgado Sheelje, se refiere al principio de relevancia registral como aquel que buscan publicar únicamente este tipo de situaciones jurídicas relevantes, ya que de lo contrario el registro no podrá abarcar toda la gama de situaciones que pretenderían ingresar a él (1999, p 262).

Asimismo, Pau Pedrón indica que el principio de trascendencia, aunque es calificado por Morell como primario o fundamental, no se predica en realidad del Registro, sino de los derechos inscribible, que han de ser absolutos, para que esté justificada su oponibilidad a terceros (2001, p 218)

Entonces, el principio registral de trascendencia es aquel que tiene como finalidad brindarle la característica de relevante a determinados actos, dado que se configura la importancia para el interés de los terceros y, por ende, su oponibilidad.

Si abrimos el Título I del Libro IX del Código Civil relacionado a los Registros Públicos, no vamos a encontrar este principio estipulado expresamente, sin embargo, *“su presencia es permanente en la norma reglamentaria y en la calificación registral”* (Luna, 2020, p 46).

Además de ello, Gunther Gonzales Barrón con referencia a la trascendencia y la lista de actos inscribibles del artículo 2019 del Código Civil señala que la razón de este cierre se encuentra en que ingresen a Registros Públicos solo los actos que produzcan eficacia genera y no solo relación inter-partes, así como también tiene una lógica de la aplicación una mecánica publicitaria de impedir la inebarcabilidad de la información (2012, p 309).

Por lo señalado previamente, se puede ver que el principio de trascendencia registral es importante porque, así se tuviera un acto contenido en un título y, efectivamente, cumpla con la legalidad del mismo, este no podría asentarse en el Registro Público porque no es de trascendencia para el derecho registral.

En ese sentido, para el ordenamiento jurídico peruano, tanto en la actual regulación del arrendamiento financiero como en la anterior, recogieron que el contrato de leasing sí sea un acto relevante para el derecho registral - aunque en la anterior normativa, se había contemplado que este acto sí sea obligatorio de inscripción-.

Por tanto, se debe leer sistemáticamente la normatividad, ya que el principio de relevancia o trascendencia registral está presente en la regulación nacional y es necesario acudir a los principios registrales para entenderlo, como bien se ha visto.

Por último, debo recalcar nuevamente que se deben leer las normas de manera conjunta y sistemática. No es pretender inscribir (por inscribir) un acto, porque le quiero brindar seguridad jurídica solo a este acto y sin mirar, ni respetar a la institucional de los Registros Públicos. En especial, hago este comentario ya que el usuario dentro de sus argumentos en la apelación evidenció que el Registrador desconoce la práctica registral y se atenta contra la seguridad jurídica. Esto no es así y, como ciudadanos, todos deberíamos tener en cuenta que hay unas reglas del juego que deben ser cumplidas, aún más, cuando se tratan de principios registrales.

Así, concluyo ratificando mi postura de que sí es correcta la decisión del Tribunal Registral respecto a que se inscriba previamente el contrato de arrendamiento financiero y los subarrendamientos con los locales comerciales, en virtud de la aplicación del principio de tracto sucesivo (el cual tiene raigambre predial).

iii) Tercer problema jurídico: ¿Debe cumplirse la condición suspensiva de un contrato de cesión de posición contractual para que pueda inscribirse en los Registros Públicos?

En la presente sección, se buscará responder la pregunta principal planteada respecto a si es obligatorio o no que se cumpla la condición suspensiva en el contrato de cesión de posición contractual (materia de la rogatoria), para poder inscribirse (en realidad, anotarse) en Registros Públicos. Para responder esta pregunta principal, es necesario que previamente se desarrolle algunos puntos previos y cuestionamientos vinculados con la pregunta principal.

En primer lugar, será relevante preguntarnos si es obligatorio o no que se cumpla la condición suspensiva en un contrato para que pueda acceder a Registros Públicos y, de acuerdo con ello, se brindará una respuesta directa para la pregunta general. Se podría decir que en esta subsección ya se obtendría una respuesta a la pregunta principal y sí, correcto, pero dado que buscamos ir un poco más allá de lo planteado, nos pronunciaremos también sobre la condición suspensiva contenida en el contrato de cesión de posición contractual, la cual está vinculada con el contrato de arrendamiento financiero.

En esa línea, como segundo lugar, será necesario desarrollar los alcances de la cesión de posición contractual, así como de la condición suspensiva. Así, teniendo en claro los conceptos, se podrá pasar al siguiente punto de evaluación.

En tercer lugar, y aterrizándolo a la Resolución objeto del presente análisis, se planteará si podrá ser inscrito (anotado) la cesión de posición contractual que contiene la cláusula 1.1.5., la cual es una definición de condición suspensiva del contrato. Será significativo desarrollar ello, por cuanto el Tribunal Registral dejó constancia que es nula la condición suspensiva que dependa de la exclusiva del deudor. En cuarto y último lugar, brindaré mi opinión personal sobre si ha sido adecuado ese comentario del Tribunal Registral, respecto a la nulidad de la condición suspensiva potestativa.

Veamos.

3.1. ¿Es necesario que se cumpla la condición suspensiva en un contrato para que pueda acceder a Registros Públicos?

Los hechos del caso nos señalan que el usuario solicita inscribir el contrato de cesión de posición contractual, bajo condición suspensiva, entre el BCP y Mall Aventura S.A. respecto a los subarrendamientos entre el Mall Aventura S.A. y los operadores del centro comercial (saga Falabella, Ripley, KFC, etc).

Asimismo, el usuario literalmente expresa que:

En otros términos, las partes han creado un derecho respecto de la posición contractual de Mall Aventura en los contratos de subarrendamiento (<derecho de garantía>), el cual se realiza cuando se cumplen determinadas condiciones. El beneficiario del derecho de garantía será el cesionario.

Por lo anterior, considera necesario interpretar la cesión y el derecho de garantía desde una perspectiva que reconozca su propósito en el financiamiento. En ese sentido, lo que se pretende es publicitar el derecho de garantía a través de su inscripción en los Registros Públicos, a efectos de que dicho acto goce de los atributos propios de la publicidad Registral.

En ese sentido, parece ser que la cesión de posición contractual responde a ser una garantía de protección del BCP para la recuperación de crédito. Por tal motivo, solicita inscribir esta cesión de posición contractual, bajo condición suspensiva. Al respecto, el Registrador observó indicando que es necesario que se cumpla la condición suspensiva

para que pueda acceder al registro, así como también la aceptación de cada subarrendatario, en el marco del contrato de cesión de posición contractual.

Al momento de apelar, sobre la condición suspensiva, el usuario manifiesta:

- i) Que, exigir como condición precedente la elección del cesionario privaría de utilidad la publicidad registral que se pretende con la inscripción del derecho de garantía respecto de la posición contractual de Mall Aventura en los contratos de subarrendamiento, y
- ii) Que, estos últimos ya prevén de manera anticipada la aceptación de los operadores a cualquier cesión.

Sobre el particular, en el considerando 18 de la Resolución, el Tribunal Registral se pronuncia indicando que lo observado por el Registrador no es procedente por aplicación del principio lógico de no contradicción, en tanto que “si la designación es la condición, que es un hecho futuro e incierto, no es posible que, a la vez, pretenda considerarse como presente y cierto para «justificar» el nombramiento”.

Desde mi criterio personal, previamente a haberse determinado ello por parte del Tribunal Registral, en primer lugar, este último tuvo que haber analizado si el acto jurídico bajo condición suspensiva es un acto inscribible o no. Este primer punto es relevante, dado que pareciera que el Registrador observó en función del inciso 4 del artículo 2019 del Código Civil, el cual indica:

Art. 2019.- Actos y derechos inscribibles

Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

(...)

4. **El cumplimiento total o parcial de las condiciones** de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados (*resaltado es nuestro*).

Con referencia a ello, el Tribunal Registral ha comentado que no queda claro si es que el contrato sujeto a condición debe inscribirse (anotarse) previamente o conjuntamente con él, la condición cumplida. Así, en el pleno LXXII (72°) Pleno del Tribunal Registral, realizado los días 22 y 23 de marzo de 2011, aprobó el siguiente acuerdo:

Acto jurídico sujeto a condición suspensiva

“Es inscribible el acto modal sujeto a condición, siempre que el cumplimiento de esta implique una modificación en la situación jurídico real del inmueble”.

Este acuerdo, según el considerando noveno de la Resolución N° 109-2019-SUNARP-TR, tiene como sustento que:

Carecería de toda significación para un contratante ser adquirente de un derecho real sujeto a condición si es que esta (refiriéndose a la condición), no se inscribe en el registro, pues de cumplirse aquella no podría oponerla válidamente a un tercer adquirente que adquirió el derecho del titular.

A su vez, siguiendo esa línea, el vocal Raúl Delgado en un pleno posterior indicó lo siguiente:

Desde esta perspectiva, no solamente es inscribible en el Registro el cumplimiento total o parcial de las condiciones, sino también la condición misma de la cual se ha hecho depender los efectos de un acto, (en este caso la cláusula resolutoria), con lo cual, indirectamente, ingresa al Registro todo el contenido contractual (Citado en Mendoza, 2017).

En ese sentido, en la Resolución N° 425-2019-SUNARP-TR también se expresa que:

No es necesario acreditar que la condición se ha cumplido para inscribir un contrato modal. Así, el acto sujeto a condición suspensiva cuyo cumplimiento implique modificación en la situación jurídico real del inmueble se inscribe en el rubro de cargas y gravámenes - pues estando pendiente la condición suspensiva, aún no surte efectos, pero una vez que se acredita el cumplimiento de la condición, dicha situación pendiente deja de estarlo, surtiendo plenos efectos la modificación de la situación jurídico real del inmueble.

Asimismo, Gilberto Mendoza indica que “si bien compartimos esta posición, debemos señalar que esto no se desprende de la literalidad del Art. 2019.4 del Código Civil. Por ello sería preciso plantear una modificación a este dispositivo normativo a partir de lo propuesto por el acuerdo de la Sala del Tribunal (2017)”.

Desde mi consideración, del propio artículo 2019 inciso cuarto, sí se puede desprender que, para inscribir el cumplimiento de la condición suspensiva, previamente ha tenido que estar presente el acto o contrato registrado (bajo la condición suspensiva), lo cual sí es un acto inscribible. Además de ello, atendiendo a la lógica de la publicidad registral,

efectivamente, es mucho mejor que el contrato bajo condición suspensiva esté registrado, así esto se le podrá oponer a cualquier otro tercero que quiera adquirir determinado bien. A contrario, en caso el Registro solo admita la inscripción cuando se cumpla la condición suspensiva, sería incoherente y no respondería a la integridad del sistema registral.

Sin perjuicio de ello, el comentario del profesor Gilberto Mendoza sería pertinente su aplicación para evitar cualquier confusión. De todas maneras, se deja sentado en el presente trabajo que en la práctica registral sí se admite al registro los actos jurídicos, bajo condición suspensiva.

En ese sentido, la respuesta ante la interrogante concreta sería que la condición suspensiva del contrato de cesión de posición contractual sí puede admitirse su anotación en los Registros Públicos. De este modo, claro está que, no se necesita que se cumpla condición (previamente).

Ahora bien, es pues pertinente que se analice la condición suspensiva en la cesión de posición contractual de este caso en concreto. Para tales efectos, en el próximo acápite se realizará un breve alcance sobre la cesión de posición contractual, así como la condición suspensiva en sí misma y, teniendo en cuenta ello, posteriormente se concluirá si, ante este caso en concreto, se está o no frente a una condición suspensiva.

Cabe indicar que, el motivo por el cual se analizará ello será porque el Tribunal Registral deja constancia, en su considerando 21, de lo siguiente “*dejamos constancia que no procede registrar un contrato de transferencia de un derecho real cuyos efectos se encuentren subordinados al cumplimiento de una condición suspensiva nula por depender de la exclusiva del enajenante o deudor, de conformidad con el artículo 172 del código civil vigente*” (2020, p 18).

3.2. Alcances de la cesión de posición contractual y la condición suspensiva

La cesión de posición contractual

A nivel normativo, esta figura jurídica está regulada bajo el artículo 1435 del Código Civil, la cual contempla lo siguiente:

Cesión de posición contractual. -

En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta.

Según este artículo, la cesión de posición contractual se efectuaría, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: i) exista un contrato previo, ii) existan prestaciones no ejecutadas total, y iii) el consentimiento de la parte cedida.

Entonces, ¿estamos ante un contrato de carácter bilateral o trilateral?

Sin ánimos de ahondar profundamente en este tema, la doctrina y destacados juristas dan un aproximado al respecto:

Por su parte, Luciano Barchi indica que la cesión de posición contractual es un contrato para modificar (subjettivamente) una relación contractual preexistente, sin alterar su identidad y responde a ser un negocio jurídico referido a la libre circulación de la relación contractual. Asimismo, este autor expresa que la cesión de posición contractual puede ser a título oneroso o a título gratuito (2020, p 520).

En esa línea, también se pronuncia sobre el asentimiento del cedido y, sobre el particular, indica que:

La mayor parte de la doctrina considera el asentimiento del cedido como un requisito de validez del negocio de la cesión. Esto supone atribuirle al negocio de la cesión el carácter de negocio (contrato) plurilateral, específicamente, un contrato trilateral y, en tal sentido, son tres las partes cuyo consentimiento concurre al perfeccionamiento del negocio.

Otro autor que sustenta esta posición es Carresi, quien indica que la *“estructura de la cesión de posición contractual es la de un contrato necesariamente plurilateral y más precisamente trilateral, que se perfecciona cuando todas las partes hubieran manifestado su adhesión a la programada sustitución”* (1987, p 863).

También, Scognamiglio señala que: *“el asentimiento del contratante cedido, quien, como se indicó concurre a título esencial a la realización de la cesión, no puede equipararse a un mero requisito extrínseco de eficacia, sino que debe situarse en el mismo puede consentimiento que los otros dos estipulantes* (1991, p. 280).

En ese sentido, me alinee con el criterio de que se trata de un negocio jurídico de carácter trilateral, en la el cual interviene el cedente, el cedido y el cesionario; siendo esto así, es requisito de validez el consentimiento del cedido.

Ahora bien, sobre las partes de este contrato, para aclarar mejor el panorama es el siguiente:

- Cedente: es la persona que cede su posición en el contrato, de tal manera que deja de formar parte de la relación contractual.
- Cesionario: es la persona que adquiere la posición dentro del contrato recibiendo la del cedente. Asume todos los derechos y obligaciones del cedente.
- Cedido: es la contraparte del cedente en el contrato, el cual debe prestar su consentimiento para que se realice la cesión.

La condición suspensiva

En primera instancia, por ubicación normativa, la condición suspensiva está regulada en el título V “Modalidades del acto jurídico”, dentro del Libro II “Acto jurídico” del Código Civil. De esta manera, la condición suspensiva responde a ser una modalidad del acto jurídico.

Puntualmente, en el artículo 172 del Código Civil, se contempla a la nulidad de la condición suspensiva que solo dependa de la parte deudora:

Nulidad del acto jurídico sujeto a voluntad del deudor

Artículo 172°.- Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

Como se puede ver, la legislación no brinda una definición sustantiva y completa sobre la condición suspensiva en sí misma. Por lo cual, esto se encuentra más desarrollado a nivel doctrinario. Así, por ejemplo, León Barandiarán señala que *“se entiende por*

condición, el hecho incierto y futuro del cual las partes celebrantes de un acto jurídico hacen depender la producción de los efectos o el cese de los mismos a su completa verificación. En el mismo sentido, resaltando siempre la característica de la incertidumbre y futuridad, se pronuncian Barassi, Llambías, Messinero, Santos Briz y León Barandiarán (2020, p 671).

Entonces, como requisito esencial de la condición suspensiva es que debe concurrir simultáneamente, tanto el hecho incierto en sí mismo, como el tiempo futuro. Y, a su vez, claro está, que sea susceptible de cumplimiento física y jurídicamente posible.

Por su parte, Aníbal Torres señala tres modalidades de condición suspensiva:

Si la verificación del evento depende de la voluntad de uno de los sujetos del acto jurídico, la condición es potestativa; si depende de un hecho ajeno a la voluntad de una de las partes, la condición es casual; y, si la verificación del evento depende de la voluntad del agente y en parte de un hecho ajeno, la condición es mixta. (2011, p 332).

Por tanto, de acuerdo con lo señalado por Aníbal Torres tendríamos tres caracteres de condición suspensiva:

- Potestativa (que solo depende de una parte contractual),
- Casual (que dependa de un hecho extrínseco), y
- Mixta (que sea en parte de la voluntad humana y parte de un hecho ajeno)

Sobre las condiciones suspensivas potestativas, Messineo expresa que “esta solución se justifica en consideración a que si el deudor pudiera a su placer querer o dejar de querer la enajenación del derecho o de la asunción de la obligación “(1979, p 462); por ejemplo, “si quiero, te pago los 100 dólares” o “si es que me nace, te donaré mi casa”.

Respecto a la clasificación que señala Aníbal Torres, en la primera causal, estamos ante una condición suspensiva potestativa que no está permitida por la regulación, ya que la sanciona con la nulidad. Las siguientes dos causales se entenderían que sí estaría permitido en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, cada caso particular deberá evaluarse para saber si responde efectivamente con la naturaleza misma.

En esa línea, según Díez-Picasso y Gullón, expresa que diferenciar entre una condición suspensiva puramente potestativa de una de carácter mixto no es fácil, pero una línea demarcatoria tendría que ver con que, en la primera (puramente potestativa) solo está

sujeto a la voluntad y que es indiferente la realización del acto jurídico; en cambio, en la segunda (mixta) se encuentran intereses y dificultades presentes para cumplir ello (1976, p 101).

Apoyando esta teoría, León Barandarián concluye expresando que:

Para la condición potestativa a *parti debitoris* puede anular el negocio jurídico debe ser absolutamente y no simplemente potestativa; quiere decir esto que el hecho puesto como condición esté sometido exclusivamente a la voluntad del deudor. Si la condición es simplemente potestativa de parte del deudor, pero no absolutamente (como si dijese que me obligo a donarte una cosa “si me curo del vicio de la embriaguez”), el acto es válido (2020, p 172).

Desde mi punto de vista, la condición suspensiva será absolutamente potestativa cuando prima la arbitrariedad de la parte deudora, sin interés o motivo alguno. En cambio, cuando estamos ante una condición suspensiva donde hay alguna razón o justificación para la misma, no sería en estricto meramente potestativa, sino que va a perseguir la finalidad de las partes y, por ende, no sería nula.

Veamos a continuación cómo se aplicaría al caso concreto.

3.3. Respecto al contrato de cesión de posición contractual de la Resolución N°473-2020-TR, ¿es inscribible la cesión de posición contractual que contiene la cláusula 1.1.5?

La cláusula 1.1.5 de la escritura del 22.05.2019 indica que:

“La condición suspensiva: es el hecho futuro e incierto consistente en la designación del cesionario por parte del Banco, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Arrendamiento Financiero.”

Sobre el particular, debido a que no se tiene a la vista condición suspensiva establecida en el contrato de arrendamiento financiero, la cual se encuentra vinculada con la cesión de posición contractual, no se puede llegar a determinar si esta condición es, efectivamente o no, una condición suspensiva.

Sin embargo, teniendo en cuenta las partes del caso y la dinámica comercial, se tomará como ejemplo el presupuesto de que la condición suspensiva será la siguiente: “Si el arrendatario del contrato de arrendamiento financiero no cumple con el pago de

determinado número de cuotas de renta, el Mall Aventura S.A.C. cederá su posición contractual de los subarrendamientos de los locales comerciales a el BCP o a la persona que este designe.”

De acuerdo con el ejemplo, se toma como presupuesto que esta es la condición suspensiva, desde mi análisis particular, podría entenderse que se trata de una condición suspensiva no absolutamente potestativa de parte del deudor (Mall Aventura S.A.C.). El motivo de ello radica en que esta condición no está basada arbitrariamente en la voluntad de la parte deudora, sino que está sustentada en una lógica del uso del bien (objeto del arrendamiento financiero) y de la recuperación del crédito bancario de manera rápida. Por lo cual, la condición está basada en un parámetro objeto y terminaría siendo válida.

De esta manera, la condición suspensiva contenida en el contrato de cesión de posición contractual, vinculado al contrato de arrendamiento financiero, no sería observado por el Tribunal Registral, en tanto que no sería una cláusula nula, según el artículo 172 del Código Civil. Y, por ende, podría anotarse en rubro de cargas y gravámenes en el Registro de Propiedad Inmueble.

Por el contrario, sería una condición suspensiva de carácter potestativo cuando, tal como hemos visto previamente, sea exclusivamente la voluntad del deudor, o sea, cuando el arrendatario si quisiera o cuando quisiese, pagase las cuotas o, si el BCP cuando quisiese o mero arbitrio, se podría subrogar en la posición contractual de Mall Aventura.

Para aclarar el panorama respecto a si el Tribunal Registral admitiría anotar esta condición, es preciso analizar otras Resoluciones del Tribunal Registral que, justamente, anotan condiciones suspensivas de la categoría previamente mencionada:

- **Resolución 425-2019-SUNARP-TR-L**

Acto jurídico bajo condición suspensiva

El usuario solicitó la inscripción de la Escritura Pública de la restitución del dominio del predio sometido a fideicomiso, bajo la condición suspensiva de la presentación de los contratos de transferencia por parte de la empresa vendedora “líder, Inversiones y Proyectos S.A.C.” a los Registros Públicos. Es decir, apenas se inscriba los contratos de transferencia, surtirá efecto la restitución del

patrimonio a los fideicomitentes. Ante este caso, el Registrador observó indicando que era requisito previo que se inscriba los contratos de transferencia. El Tribunal resolvió indicando que sí se puede inscribir este acto jurídico bajo condición suspensiva y, al realizar un análisis sobre qué es la condición suspensiva, la condición no fue calificada como nula.

- **Resolución 109-2019-SUNARP-TR-L**

Acto jurídico bajo condición suspensiva

Este el mismo caso que la resolución anterior, pero sobre partidas registrales diferentes. Observado y resuelto por registradores distintos, asó como miembros del Tribunal Registral diferentes.

El usuario solicitó la inscripción de la Escritura Pública de la restitución del dominio del predio sometido a fideicomiso, bajo la condición suspensiva de la presentación de los contratos de transferencia por parte de la empresa vendedora “líder, Inversiones y Proyectos S.A.C.” a los Registros Públicos. Es decir, apenas se inscriba los contratos de transferencia, surtirá efecto la restitución del patrimonio a los fideicomitentes. Ante este caso, el Registrador observó indicando que era requisito previo que se inscriba los contratos de transferencia. El Tribunal resolvió indicando que sí se puede inscribir este acto jurídico bajo condición suspensiva y, al realizar un análisis sobre qué es la condición suspensiva, la condición no fue calificada como nula.

- **Resolución 211-2021-SUNARP-TR**

Acto Jurídico bajo condición suspensiva

El usuario solicitó, a través del SID-SUNARP, la inscripción de la compraventa a favor de Javier Huamán Ramírez respecto de un inmueble ubicado en Tingo María, inscrito en la partida correspondiente del registro de bienes inmuebles. Sin embargo, el Registrador observó el título porque está sujeto a la condición suspensiva de la inscripción de la sucesión intestada, ya que en una de las cláusulas de la Escritura Pública contempló que la venta es a razón de las acciones y derechos (100%) del predio. En ese sentido, el Registrador solicitó

previamente la inscripción. El Tribunal Registral resolvió indicando sí es un acto inscribible bajo la condición suspensiva, teniendo en cuenta que en este caso dicha condición es la declaratoria de herederos.

Como se ha podido ver, el Tribunal Registral sí admite anotar los actos jurídicos bajo condición suspensiva, de categoría no meramente potestativa. En los casos previamente relatados, las condiciones suspensivas son la inscripción de contratos de transferencia o la inscripción de la sucesión intestada. A contrario, en caso los hijos no inscriban la declaratoria de herederos, no se transfiere la propiedad efectivamente o, en el otro supuesto, en caso no se inscriba la transferencia, no se restituirá el dominio fiduciario. Desde mi punto de vista, ambas condiciones responden a depender de la voluntad de la parte deudora, pero no de una manera potestativa, ni arbitraria, sino que responden a una lógica propia del negocio jurídico.

Por consiguiente, en el presente caso, si la condición suspensiva del contrato de cesión de posición contractual, vinculado al contrato de arrendamiento financiero, se indica que se llevará a cabo esta cesión de posición, si es que el Mall Aventura (arrendatario financiero) incumple con el pago de determinado número de cuotas de renta (para la recuperación del crédito), en principio, este acto jurídico bajo condición suspensiva sí podría ser anotado en el Registro de Propiedad Inmueble.

Sin perjuicio de lo señalado previamente, es preciso indicar que este tipo de condiciones normalmente se pactan en la parte obligacional del contrato, para que justamente no se pueda cuestionar la nulidad bajo el artículo 172 del Código Civil. Asimismo, resalto que es necesario que previamente se presente e inscriba el contrato de arrendamiento financiero (la cual contiene la condición suspensiva vinculada a la cesión de posición contractual), para poder hacer un análisis integral de los títulos.

3.4. ¿Ha sido pertinente que el Tribunal Registral haya hecho mención del artículo 172 (condición suspensiva meramente potestativa) del Código Civil?

En lo particular, considero que sí ha sido relevante dejar constancia de ello, ya que el Tribunal Registral es el órgano encargado, no solamente de resolver lo que los registradores observan o tachan, sino que también tienen facultad calificadora, es decir, evalúa la legalidad de los títulos que se presentan. De esta manera, ven que los instrumentos actúen conforme a ley y el ordenamiento jurídico, según el artículo 32 del Reglamento de Registros Públicos.

Por último, para nuestro ordenamiento jurídico, creo que sería más adecuado poder darle contenido al artículo 172 del Código Civil y, de esta manera, evitar en la medida de lo posible conflictos interpretativos. Como se ha podido ver, en realidad, la regulación normativa no otorga muchos alcances de cuáles son los elementos propiamente de la condición suspensiva y entrar al campo interpretativo, podría sancionar de la manera más gravosa un acto jurídico, la nulidad.

Conclusiones

Para concluir el presente trabajo de investigación, hemos arribado a determinadas conclusiones, las cuales son las siguientes:

- i) Respecto a los actos jurídicos que realice el superficiario, no se requiere la intervención del propietario del suelo, por cuanto el derecho de superficie tal como está regulado en el artículo 1030 del Código Civil otorga de manera directa el derecho de construcción de una propiedad separada, con lo cual el superficiario ostenta el derecho de use, disfrute y disposición sobre dicho bien inmueble de su propiedad. De esta manera, no sería necesario haber aplicado una analogía normativa *ad maiorem ad minus*, tal como usó el Tribunal Registral debido a que, desde mi punto de vista, no existe una laguna normativa.

Además, siempre debe tenerse presente que el uso de este tipo de analogías normativas solamente se da de carácter residual y excepcional, no pudiendo ser usadas sin haber hecho una debida investigación, ya que como mencionó Marcial Rubio siempre debe entenderse (aún más por parte de operadores jurídicos) que el ordenamiento jurídico es único y completo, sino se abriría una puerta a un uso desmedido de las analogías normativas.

- ii) Con referencia a la previa presentación e inscripción del contrato de arrendamiento financiero y los contratos de subarrendamiento, en virtud del principio de tracto sucesivo, concuerdo con ello ya que debe estar registrado previamente el derecho de donde emane el acto que se pretende inscribir, con la finalidad de siempre tener un histórico registral en el Registro de Predios. Así, como bien hemos visto, incluso en el caso que se pretendiera ver el supuesto de regla jurídica de no obligatoriedad *versus* principio de tracto sucesivo, desde una mirada de teoría general del derecho, por principio de jerarquía normativa y de especialidad, también primaría la aplicación del principio de tracto sucesivo. Cabe resaltar que, no porque los actos no sean de obligatoria inscripción ante los Registros Públicos, ello significa que no deba cumplirse con los principios rectores de esta especialidad.
- iii) Sobre el cumplimiento de la condición suspensiva para que el acto pueda ser inscrito en Registros Públicos, considero que el Tribunal Registral debió haber analizado si es o no un acto con vocación inscribible el contrato bajo condición suspensiva. En la línea de lo que hemos descrito previamente, sí es un acto inscribible, según el artículo 2019 inciso cuarto del Código Civil, según lo referido en el pleno 72 del Tribunal Registral y, en virtud de la práctica registral, también se confirma ello ya que sí se admite la anotación de condiciones suspensivas en actos jurídicos, tal como se ha podido ver en las resoluciones registrales mencionadas en el numeral 3.3. del presente trabajo.

Recomendaciones

Esperando haber sido lo suficientemente clara en la presente investigación, considero oportuno señalar que el Tribunal Registral, como segunda instancia administrativa, siempre debe fundamentar sus resoluciones conforme a derecho, debidamente motivadas tanto de manera interna como externa. En ese sentido, es necesario que recurran tanto a la normativa como a la doctrina nacional y la lógica de las propias resoluciones registrales que han expedido previamente.

BIBLIOGRAFÍA

Arias Schreiber, M & Cardenas, C. (2002). Exégesis del Código Civil de 1984, tomo V. Lima: Gaceta Jurídica.

Atienza, M. & Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. Doxa, (10).

Avendaño, F. (2020). Comentario al artículo 1030 del Código Civil: Definición y plazo. En Comentarios al *Código Civil*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica

Barandarián, L. (2020). Comentario al artículo 172 del Código Civil: Condición potestativa. En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

Barchi, L. (2020). Comentario al artículo 1435 del Código Civil: Cesión de Posición Contractual. En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica.

Bazalar, P. (2005). Comentario al artículo 2019 del Código Civil: actos y derechos inscribibles. En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica.

- Cárdenas, C. (1994). Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo). Tomo 1. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Cárdenas, C. (1983). El derecho real de superficie. *Derecho PUCP*, (37), pp 7-30.
Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5869>
- Carresi, F. (1987). II contratto: Trattato de diritto civile e commerciale. Milano: Giuffrè.
- Caperochipi, José. (2006). Derecho Inmobiliario Registral. Granada: Comeres.
- Chaparro, E. (2017). Arrendamiento financiero y la responsabilidad extracontractual de los bancos [Tesis para optar el grado de magister en derecho bancario y financiero]. Repositorio institucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8105>
- Delgado, A. (1999). Aplicación de los principios registrales en la calificación registral. Redefiniendo los conceptos tradicionales y planteando los nuevos principios. *Ius et Veritas*, 9(18),254-262. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15837>
- Delgado, A. (2000). La publicidad jurídica registral en el Perú: eficacia material y principios registrales. *Folio Real*, 2°. Lima.
- Diez-Picazo y Gullón. (1982). Sistema de Derecho Civil, I. Madrid: Tecnos
- Fernández, J. (2013). *El derecho real de superficie como modalidad del derecho de propiedad*. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/340183953_El_derecho_real_de_superficie_como_modalidad_del_derecho_de_propiedad
- Gascón, M & García, A. (2005). La motivación: conceptos fundamentales. En *La argumentación en el derecho*. Pp 135-152. Lima: Palestra Ediciones.
- Gonzales, J. (2002). Comentarios al nuevo reglamento general de registros Públicos. Lima: Gaceta Jurídica.
- González, G. (2012). Derecho Registral y Notarial. Tomo I, 3°, ed. Lima: Jurista.

- Luna, E. (2020). Temas claves en la casuística registral: nuevas perspectivas. Lima: Instituto Pacífico.
- Mendoza, G. (2017). Enfoque Derecho. ¿la condición suspensiva es un acto inscribible?. Recuperado de: <https://www.enfoquederecho.com/2017/06/23/la-condicion-suspensiva-es-un-acto-inscribible/>.
- Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ejea.
- Muro, M. (2020). Comentario al artículo 1031 del Código Civil: Constitución y Transmisibilidad. En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (pp 751-754). Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica
- Olarte, E. (1991). El péndulo peruano: políticas económicas, gobernabilidad, y subdesarrollo. Lima: IEP Editores. <http://repositorio.iep.org.pe/handle/IEP/547>.
- Ortiz, J. (2005). Apuntes de derecho registral. Lima: Dante Antonioli Delucchi
- Ortiz, J. (2007). Análisis doctrinario, legal y de resoluciones del tribunal registral en los principios registrales. Revista Universidad San Martín. 1-130. Recuperado a partir de: https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/Analisis_Doctrinario_De_recho_Registral.f
- Peczenick, A. (1992). Los Principios Jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Doxa 12.
- Pedron, P. (2001). La publicidad registral. Madrid: Centro de Estudios Registrales del Colegio Registrales del colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España.
- Ramírez, E. (2017). *Tratado de derechos reales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio, M. (2020). El sistema jurídico - Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Sánchez, L. (2019). Comentarios al artículo 141 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios: Inscripción del derecho de superficie. En *Comentarios del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*. Sunarp.
- Scognamiglio, R. (1991). Teoría general del contrato. Bogotá: Universidad del Externado.
- Soria, A. (2008). El Contrato de Leasing: Algunos Apuntes Acerca de su Actual Regulación en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (30), 379-388. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17372>
- Torres, A. (2011). Código Civil: Comentarios y jurisprudencia. Lima: Editorial Moreno.
- Zegarra, D. (2006). Control Judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la doctrina española). *Círculo de Derecho Administrativo*. N°1, p 30. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16349/16755>
- Zusman, S. (2018). Sujetos de la interpretación: El intérprete. En: *La interpretación de la ley: teorías y métodos*. Fondo Editorial PUCP Recuperado de: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170687>

Resoluciones Sunarp

- SUNARP. (31 de octubre de 2013). Resolución N° 506-2013-SUNARP-TR-A. Arequipa, Perú.
- SUNARP (22 de junio de 2015). Resolución N° 1245-2015-SUNARP-TR-L. Lima, Perú.
- SUNARP (23 de marzo de 2016). Resolución N° 610-2016-SUNARP-TR. Lima, Perú.
- SUNARP (11 de enero de 2019). Resolución N° 109-2019-SUNARP-TR. Lima, Perú.
- SUNARP (14 de febrero de 2019). Resolución N° 425-2019-SUNARP-TR. Lima, Perú.
- SUNARP (12 de octubre de 2020). Resolución N° 473-2020-SUNARP-TR. Trujillo, Perú.
- SUNARP (10 de mayo de 2021). Resolución N° 211-2021-SUNARP-TR. Lima, Perú.

Normas Jurídicas

Decreto Legislativo 299. Considera Arrendamiento Financiero, el Contrato Mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a comprar dichos bienes. Diario Oficial El Peruano. Lima, 26 de julio de 1984.

Resolución N°093-2017-SUNARP/SN. Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Diario Oficial El Peruano. Lima, 04 de mayo de 2013.

Código Civil. Decreto Legislativo N° 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).





PERÚ

Ministerio
de Justicia

Superintendencia Nacional
de los Registros Públicos-SUNARP

TRIBUNAL REGISTRAL

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

Trujillo, 12 de octubre de dos mil veinte

APELANTE : BERNARDO ÑAÑEZ SALAZAR
TÍTULO : 3039307 – 2019 del 17.12.2019
RECURSO : 149 – 2020
PROCEDENCIA : ZONA REGISTRAL N.º II – SEDE CHICLAYO
REGISTRO : DE PREDIOS DE CHICLAYO
ACTO(S) : CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL
SUMILLA(S) :

Principio de tracto sucesivo

En virtud del principio de tracto sucesivo, para que proceda la inscripción del contrato de cesión de posición contractual suspensiva respecto del arrendatario en un contrato de subarrendamiento es requisito que previamente se inscriba este último.

I. ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA Y DOCUMENTACIÓN PRESENTADA:

Mediante el título venido en apelación se solicita la inscripción del «contrato de cesión condicionada de posición contractual» celebrado por el Mall Aventura S.A. y el Banco de Crédito del Perú, respecto del predio inscrito en la partida 11012382 del Registro de Predios de Chiclayo.

Para ello se adjuntó el parte notarial de la escritura pública 6067 del 24.5.2019 extendida por el notario de Lima Eduardo Lao de Lama.

II. DECISIÓN IMPUGNADA:

La observación que fue materia del presente recurso fue emitida el 19.2.2020 por el registrador público Manuel Alejandro Mallqui Luzquiños, bajo los fundamentos que se reproducen cabalmente a continuación:

I.-ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA:

Cesión de Posición Contractual

II. ANTECEDENTE REGISTRAL:

Partida registral relacionada según Oficio notarial: 11012382

III. RAZONES PARA OBSERVAR:

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

De la calificación de la documentación subsanatoria adjuntada, así como del documento público N° 6067 de fecha 24/05/2019, se advierte lo siguiente:

1.- Respetto de la rogatoria

Se ha celebrado un contrato de arrendamiento financiero entre Mall Aventura S.A. - en calidad de arrendatario -y el Banco de Crédito, dicho contrato data de fecha 24/05/2019.

Mediante la presente rogatoria, se solicita la inscripción de la cesión de posición contractual, con condición suspensiva, en cuanto a la designación del cesionario por parte del Banco de acuerdo a lo establecido en el contrato de arrendamiento financiero, acordándose que el Banco puede ser el cesionario. Se establece además que, producida la condición suspensiva, el cesionario automáticamente asumirá la posición contractual del arrendatario en cada uno de los contratos de subarrendamiento, siendo necesario, para que se compruebe la condición suspensiva y se perfeccione la cesión, la declaración del Banco respecto a la designación del cesionario, así mismo se indica que la cesión está sujeta a la aceptación de cada subarrendatario.

Se afirma además que los actos jurídicos respecto de los cuales Mall Aventura cede su posición contractual, son los contratos de subarrendamiento que suscribirá con los operadores del centro comercial que se construirá en el predio inscrito en la P.E. 11012382.

2.- Respetto de la Cesión de Posición Contractual

Entendemos como cesión de posición contractual a la situación que ocupa una o más personas en un contrato y que se encuentra en contraposición a los intereses de otra u otras personas que intervienen en el contrato.

Aquí concurren las declaraciones de tres sujetos distintos, los que ocupan funciones específicas al momento de transmitir la titularidad de los contratos, los que pueden señalarse:

Cedente: Es la persona que cede su posición en el contrato, de tal manera que deja de formar parte de la relación contractual.

Cesionario: Es la persona que adquiere la posición dentro del contrato recibiendo la del cedente. Asume todos los derechos y obligaciones del cedente.

Cedido: Es la contraparte del cedente en el contrato, el cual debe prestar su consentimiento para que se realice la cesión.

Así, una vez celebrada la cesión de posición contractual, el cedente sale de la relación contractual y le da ingreso al cesionario, siendo este último quien asume todos los derechos y obligaciones que le correspondían al cedente en el contrato. De esta manera, el cedente se libera de responsabilidad de las obligaciones derivadas del contrato.

Dicha figura jurídica se encuentra regulada entre los artículos 1435 hasta el 1439 del Código Civil indicándose en el artículo 1435 lo siguiente " *En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión. Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta.*

3.- Respetto de la observación planteada al caso propuesto

De la revisión de la partida electrónica 11012382, se advierte que el titular registral actual es Constructora Inmobiliaria Inka de América SAC, sin embargo, dicho propietario no ha intervenido en el contrato adjuntado, siendo necesario

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

su participación en cualquier acto de disposición o gravamen respecto del predio inscrito en dicha partida electrónica.

Será necesario adjuntar e inscribir previamente el contrato de arrendamiento financiero celebrado entre el Banco de Crédito y Mall Aventura S.A. de fecha 24/05/2019, indicado en el documento primigenio, así mismo será necesario inscribir previamente los contratos de subarrendamiento indicados líneas arriba, pues es de estos contratos (el arrendamiento financiero de fecha 24/05/2019 y de los contratos de subarrendamiento celebrados) respecto del cual se realizará la calificación y eventual inscripción del contrato de cesión de posición contractual rogado.

Además, será necesario que se cumpla la condición suspensiva de la designación del cesionario por parte del Banco de Crédito y de aceptación de cada subarrendatario, conforme se indica en la escritura pública adjuntada, ya que, de no cumplirse con dichas formalidades, no existe contrato de cesión producido, y en consecuencia, no procederá la inscripción solicitada.

IV. BASE LEGAL:

-Art 32, 40 del RIRP.

SUJETO A CALIFICACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ACUERDO A SUBSANACIÓN

Derechos Pendientes de Pago S/ 0.00

Chiclayo, 19 de Febrero de 2020.

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

El señor Ñañez interpuso recurso de apelación presentado por la Oficina Registral de Chiclayo el 5.8.2020, bajo los argumentos que se resumen a continuación:

- Sobre la naturaleza del contrato de cesión condicionada de posición contractual («cesión») ha argumentado lo siguiente:
 - Como se advierte en la cláusula tercera de la cesión, Mall Aventura cede al cesionario de forma irrevocable, bajo la condición suspensiva, su posición contractual en todos los contratos de subarrendamiento suscritos con los operadores.
 - Para entender los alcances de la cesión debe resaltarse que «cesionario» será la persona que sustituirá a Mall Aventura en el CAF («contrato de arrendamiento financiero») de acuerdo a lo previsto en dicho contrato. En otras palabras, en caso el CAF (es decir el financiamiento en su conjunto) sea cedido por el BCP (Banco de Crédito del Perú) a otra entidad distinta a Mall Aventura, dicha tercera persona tendrá la calidad de cesionario.
 - Por su parte, la condición suspensiva es únicamente el hecho futuro e incierto consistente en la designación del cesionario por parte del BCP o, en otros términos, que Mall Aventura incumpla el

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

CAF y BCP lo sustituya por otra entidad que como es evidente también deberá ocupar la posición de Mall Aventura respecto de los operadores en los contratos de subarrendamiento.

- El propósito es que de incumplir Mall Aventura el CAP y BCP decida resolverlo y nombrar a una entidad sustituta, dicha nueva entidad ocupe la misma posición que tenía Mall Aventura como beneficiario y administrador del centro comercial. Lo anterior supone dos cosas: i) que dicha nueva entidad sea el sujeto pasivo del financiamiento (CAF) y que ii) ostente la calidad de nuevo subarrendador frente a los operadores (contratos de subarrendamiento).
- Debido a que el BCP tiene como propósito asegurar la continuidad del activo sobre el que se sostiene el financiamiento otorgado a Mall Aventura, es que ha regulado que los contratos de subarrendamiento también se cedan al cesionario. Evidentemente, dicha cesión está condicionada a que se nombre a tal cesionario, es decir, a que el BCP decida ceder el financiamiento sustituyendo a Mall Aventura.
- Como se desprende de lo anterior, ante la designación del cesionario, éste ostentará la calidad de arrendatario del CAF y de subarrendador y en los contratos de subarrendamiento, la misma posición que ocupa Mall Aventura a la fecha.
- Para fines prácticos, la cesión también prevé que BCP pueda ser cesionario. En otras palabras, los contratos de subarrendamiento podrían terminar cediéndose al propio banco y ser éste el nuevo administrador del centro comercial. Cabe destacar que la cesión afectará únicamente la relación de subarrendamiento entre el Mall Aventura y los operadores del centro comercial.
- En otros términos, las partes han creado un derecho respecto de la posición contractual de Mall Aventura en los contratos de subarrendamiento («derecho de garantía»), el cual se realiza cuando se cumplen determinadas condiciones. El beneficiario del derecho de garantía será el cesionario.
- Por lo anterior, considera necesario interpretar la cesión y el derecho de garantía desde una perspectiva que reconozca su propósito en el financiamiento. En ese sentido, lo que se pretende es publicitar el derecho de garantía a través de su inscripción en

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

los Registros Públicos, a efectos de que dicho acto goce de los atributos propios de la publicidad registral.

- Sobre la intervención de la propietaria Constructora Inmobiliaria Inka de América SAC, argumenta:
 - A través de la escritura pública del 22.6.2020, la Constructora Inmobiliaria Inka de América SAC consintió y ratificó todos los términos y condiciones y cláusulas del contrato de constitución de derecho de superficie y sus adendas inscrito en la partida 11260800 del Registro de Predios de Chiclayo.
 - El contrato de superficie, concretamente en la cláusula decimoquinta, está alineado con las disposiciones del CAF y consecuentemente con la cesión, ya que se reconoce la posibilidad de la celebración de un financiamiento y de contratos conexos y cesión de derechos.
 - Por ello, la ratificación del nuevo titular del predio comprende a la cesión cuya inscripción se pretende. En ese sentido, la observación en este extremo debe revocarse.
- Sobre la previa inscripción del CAF y los contratos de subarrendamiento señala:
 - Que si bien la cesión está relacionada con el CAF por ser contratos suscritos en el marco de una misma operación, no debe condicionarse la inscripción de la cesión a la revisión e inscripción previa del CAF. Sin perjuicio de la vinculación que pueda existir entre el CAF y la cesión (por ejemplo, el uso compartido de definiciones), la cesión constituye una operación autosuficiente, que cumple con los requisitos para ser pasible de inscripción.
 - El criterio expuesto por el Registrador desconoce la práctica registral. Por ejemplo, para la inscripción de un contrato de fideicomiso en garantía no se solicita revisar e inscribir previamente el contrato de préstamo que motiva de dicho contrato. Al igual que el fideicomiso en garantía, la cesión y el derecho de garantía son autosuficientes para acceder al registro.
 - La misma lógica expuesta aplica respecto de la exigencia de los contratos de subarrendamiento. Si bien en éstos se encuentra relaciones con la cesión, no encontramos motivo para que pueda inscribirse como condición precedente. El texto de la cesión

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

identifica plenamente a la partida registral del predio, siendo ello el aspecto principal que origina su relación con los contratos de subarrendamiento, ya que éstos versan sobre espacios que se encontrarán en la misma partida (como señala la propia cesión).

- No es necesaria la inscripción previa de los contratos de subarrendamiento porque la cesión ya cuenta con la información necesaria para su inscripción. Los contratos de subarrendamiento no cuentan con ningún aspecto o información del cual carezca la cesión para poder acceder al registro.
 - Mediante el CAF, BCP otorga en arrendamiento financiero un centro comercial a Mall Aventura. El CAF permite que el Mall Aventura celebre contratos de subarrendamiento con los operadores del centro comercial. En consecuencia, se genera dos relaciones diferentes:
 - Relación de arrendamiento entre el BCP y Mall Aventura, en virtud del CAF.
 - Relación de subarrendamiento entre Mall Aventura y los operadores, en virtud de los contratos de subarrendamiento.
 - Mediante la cesión, BCP –o la persona que designe (cesionario)– sustituirá a Mall Aventura en los contratos de subarrendamiento entre Mall Aventura y los operadores, cuando se verifique la condición suspensiva que la propia cesión prevé. La cesión, por consiguiente, no afectará la relación de arrendamiento, sino únicamente la relación de subarrendamiento.
 - Por tal razón, no es necesario que se realice una calificación integral que comprenda al CAF y la cesión, toda vez que la única relación que involucra esta última es aquella entre Mall Aventura y los operadores al amparo de los contratos de subarrendamiento (únicos contratos en los que Mall Aventura cede de manera condicionada su posición).
 - En ese sentido, afirma que la observación del Registrador en este extremo carece de sustento, debiendo ser revocada.
- Sobre el cumplimiento de la condición suspensiva de designación del cesionario por parte del BCP, así como de la aceptación de los operadores, pues sin dichas formalidades no existe contrato de cesión producido, señala lo siguiente:

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

- Las partes pretenden la inscripción del derecho de garantía respecto de la posición contractual de Mall Aventura en los contratos de subarrendamiento más no los contratos de subarrendamiento mismos. En otras palabras, las partes pretenden la inscripción de un derecho que por su naturaleza es previo a la cesión misma de posición contractual que posiblemente opere sobre los contratos de subarrendamiento.
 - Exigir como condición precedente para la inscripción de la cesión el cumplimiento de la condición suspensiva (es decir, la elección del cesionario) priva de utilidad la publicidad registral que se pretende del derecho de garantía.
 - Por otra parte, los contratos de subarrendamiento ya reconocen la posibilidad que éstos sean cedidos a favor del BCP o a la persona que éste designe. Es decir, dichos contratos ya prevén de manera anticipada que la aceptación de los operadores a cualquier cesión, lo que incluso constituye una obligación de Mall Aventura bajo el CAF.
 - En ese sentido, afirma que esta observación carece de sustento, por lo que corresponde ser revocada.
- Refiere que se ha solicitado la inscripción del derecho de garantía en el Registro Mobiliario de Contratos, pero fue rechazado porque los actos son relativos a bienes inmuebles.
 - Señala que no existe norma en el ordenamiento jurídico vigente que restrinja la inscripción de la cesión y la consecuente publicidad del derecho de garantía. Las partes pretenden que este derecho se beneficie con los atributos propios de la publicidad registral, como la oponibilidad y preferencia. Afirma que la integridad del texto de la cesión otorga autonomía suficiente para acceder al registro, sin condicionar ello a la presentación e inscripción de otros documentos. Esto porque no existe una norma que imponga cumplir con lo que exige la esquila.
 - La interpretación hecha por el registrador vulnera los principios de legalidad, razonabilidad, informalismo y eficacia regulados en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL:

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

- 1) En partida 11012382 del Registro de Predios de Chiclayo consta inscrito el predio ubicado en la Avenida Panamericana N° 639, del distrito y provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque, cuya titularidad se encuentra inscrita a favor de la Constructora Inmobiliaria Inka de América SAC.
- 2) En la partida 11260800 del Registro de Predios de Chiclayo consta inscrito el derecho de superficie recaído sobre el predio descrito en el párrafo anterior, a favor del Banco de Crédito del Perú (asiento C00006).

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES:

Interviene como ponente el vocal (s) *Rafael Humberto Pérez Silva*. Con el informe oral del letrado Reynaldo Antonio Guarniz Izquierdo.

Estando a lo expuesto, teniendo en cuenta los argumentos de la primera instancia y del apelante, corresponde determinar lo siguiente:

- 1) Si es requisito que el propietario del suelo intervenga en el contrato de cesión posición contractual sujeto a condición suspensiva que involucra a un derecho de superficie que se solicita inscribir.
- 2) Si para inscribir un contrato de cesión de posición contractual sujeto a condición suspensiva respecto de un contrato de subarrendamiento es requisito que previamente se inscriba este último, así como el contrato de arrendamiento financiero.
- 3) Si resulta procedente inscribir una cesión de posición contractual en la que no se haya designado al cesionario.

VI. ANÁLISIS:

1. Con el título venido en grado se pretende la inscripción del «*contrato de cesión condicionada de posición contractual*» en virtud de la escritura pública del 24.5.2019. En la cláusula tercera de dicho instrumento se determina el objeto del contrato en los términos que se transcriben a continuación:

«3.1 Por este contrato, el Arrendatario cede a favor del Cesionario de forma irrevocable, bajo la Condición Suspensiva, su posición contractual en todos los Contratos de Sub-Arrendamiento. En consecuencia, producida la Condición Suspensiva, el Cesionario

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

automáticamente asumirá la posición contractual del Arrendatario en cada uno de los Contratos de Subarrendamiento.

3.2. Las partes declaran que para que se compruebe la Condición Suspensiva, y ***se perfeccione la cesión de posición contractual en los Contratos de Sub-Arrendamiento***, bastará con la declaración del Banco respecto de la designación del Cesionario. Queda establecido que el Banco podrá ser Cesionario.

3.3. Sin perjuicio de lo establecido en los numerales precedentes, producida la Condición Suspensiva, el Banco procederá a enviar a los Subarrendatarios la Notificación de Eficacia. Para tal fin, el Arrendatario presta desde ya su conformidad de manera irrevocable» [sic] (la negrita es nuestra).

2. Por su parte, en la cláusula primera se ha previsto los significados de algunos términos que ayudan a entender los alcances del contrato bajo examen, Así, tenemos los siguientes:

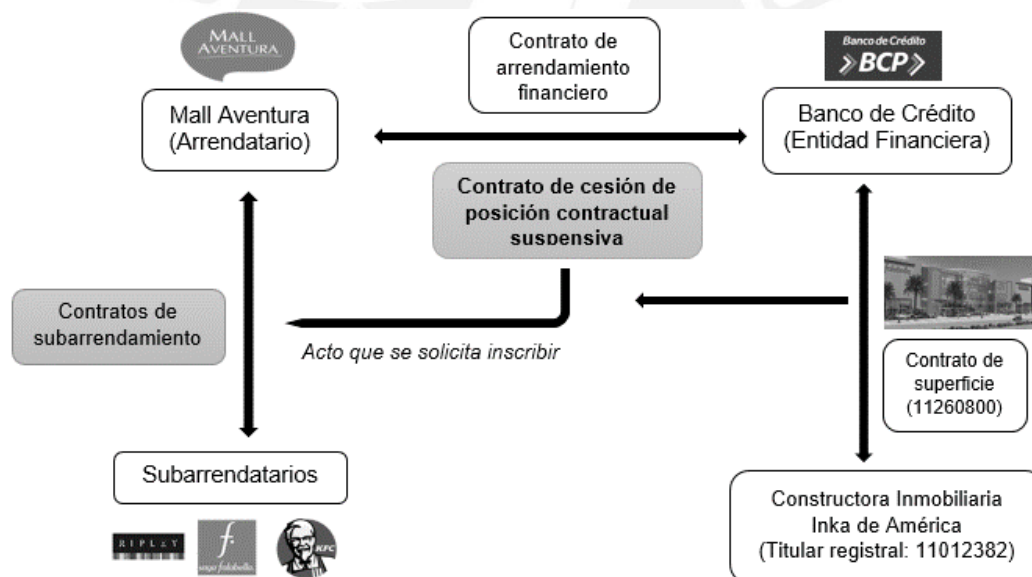
- i) *Arrendatario*: Mall Aventura S.A.
- ii) *Banco*: Banco de Crédito del Perú.
- iii) *Cesionario*: es la persona que sustituya al arrendatario en el contrato de arrendamiento financiero de acuerdo a lo previsto en dicho contrato. Queda establecido que el Banco podrá ser cesionario (numeral 1.1.3).
- iv) *Condición suspensiva*: es el hecho futuro e incierto consistente en la designación del cesionario por parte del Banco de acuerdo a lo establecido en el contrato de arrendamiento financiero (numeral 1.1.5).
- v) *Contrato de arrendamiento financiero*: Es el contrato de arrendamiento financiero suscrito por el Banco y el Arrendatario el 24.5.2019 (numeral 1.1.6).
- vi) *Contratos de subarrendamiento*: son todos los acuerdo, convenios y contratos, expresos escritos, en virtud de los cuales el Arrendatario tenga derecho a recibir y/o reciba ingresos por concepto de subarrendamiento de las tiendas ancla, las tiendas, los locales o los espacios comerciales del centro comercial. Dichos contratos reconocen la posibilidad de que los mismos sean cedidos a favor del Banco (numeral 1.1.8).
- vii) *Subarrendatarios*: son las personas que celebran los contratos de subarrendamiento con el arrendatario (numeral 1.1.15).
- viii) *Terreno*: es el bien inmueble ubicado en la avenida Panamericana N° 639, distrito y provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque,

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

con un área registral de 44,071.59 m², inscrito en la partida 11012382 del Registro de Predios de Chiclayo (numeral 1.1.16).

- ix) *Tienda ancla*: son las tiendas por departamentos, supermercados, tiendas de mejoramiento para el hogar, cines y tiendas *fast fashion* del centro comercial (numeral 1.1.17).
- x) *Centro comercial*: es el centro comercial que será construido sobre el terreno (numeral 1.1.2).
- xi) *Notificación de eficacia*: es la notificación notarial que el Banco enviará a los subarrendatarios a fin de comunicarles la ocurrencia de la condición suspensiva y, por consiguiente, el inicio de eficacia de este contrato (numeral 1.1.12).

Para efectos ilustrativos, el siguiente gráfico muestra la operación contractual dentro del cual se encuentra el contrato que se pretende inscribir.



3. Como primera observación, el Registrador cuestiona que la Constructora Inmobiliaria Inka de América SAC, titular del predio (terreno) sobre el que se va construir el centro comercial, inscrito en la partida 11012382 del Registro de Predios de Chiclayo, no haya intervenido en la escritura materia de calificación. Al respecto, el recurrente señala que a través de la escritura pública del 22.6.2020 la referida persona jurídica consintió y ratificó todos los términos y condiciones del contrato de constitución de derecho de superficie y sus adendas sobre el predio en mención, derecho real que se encuentra inscrito en la partida 11260800 del mismo Registro, y que dicho

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

contrato está alineado con las disposiciones del contrato de arrendamiento financiero y, consecuentemente, con la cesión de posición contractual.

4. Como se ve, la primera instancia calificó el título en base a la partida del predio o terreno (11012382); sin embargo, el contrato de cesión de posición contractual condicionado no versa sobre el aludido bien, sino a un derecho derivado de la superficie que recae sobre éste, inscrita en la partida 11260800, que es un derecho real distinto del predio. Siendo así, la primera controversia consiste en determinar si es requisito que el propietario del predio intervenga en el contrato de cesión posición contractual sujeto a condición suspensiva que involucra a un derecho derivado de la superficie que se solicita inscribir.
5. Sobre el particular, el artículo 1030 del Código Civil define al derecho de superficie como aquel derecho real que confiere al superficiario el derecho de gozar de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo y que el mismo no puede durar más de 99 años. Así, la superficie es un derecho real autónomo y con propia sustantividad en virtud del cual el superficiario goza temporalmente del suelo que es propiedad de otro, el cual ve también limitado su derecho al restringir sus alcances por efecto de aquél. De este modo, se le otorga los derechos inherentes a todo propietario, como es el de disponer y gravar libremente su derecho de superficie.
6. En cuanto a la transmisibilidad del derecho de superficie, el artículo 1031 del Código sustantivo señala que la superficie es transmisible, salvo prohibición expresa, lo cual implica que el derecho real cambia de manos, sea por acto inter vivos (contrato) o mortis causa (sucesión legal o testamentaria). A partir de esta norma cabe señalar que aun cuando no se establece en forma expresa, está claro que si el superficiario está facultado para transferir su derecho, debe estar igualmente autorizado para gravarlo con alguna garantía real, o para ejercer respecto de él otros derechos reales o personales que supongan efectos menos gravosos que el acto de disposición, tales como entregarlo en usufructo, constituir servidumbres, derechos de subsuperficie, arrendamiento, entre otros de semejante naturaleza.¹

¹ Muro Rojo, Manuel. *Código Civil Comentado*, tomo V (Derechos Reales). Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pág. 695.

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

7. Sobre la cabida es pertinente señalar que el artículo 1032 del Código Civil² permite que el derecho de superficie recaiga sobre porciones no edificadas si esa porción permite una mejor utilización, por ello, en la partida 11260800 se ha definido la superficie sobre un área de 44,071.59 m² y es sobre ese polígono que se ejerce el señorío que otorga dicho derecho en consideración a las características estructurales típicas de los derechos reales de inmediatividad y absolutividad.
8. A partir de dichas consideraciones normativas, en el presente caso es innecesaria la participación de la Constructora Inmobiliaria Inka de América SAC, en su calidad de titular registral, no sólo porque en virtud de la escritura pública del 22.6.2020 ha ratificado el derecho de superficie y sus múltiples adendas otorgado a favor del Mall Aventura SAC y la cesión de tal derecho al Banco de Crédito del Perú, sino también y, sobre todo, porque este último en su condición de superficiario está facultado para ejercer los atributos que su derecho real le otorga por lo que se encuentra imbuido del derecho a celebrar todo tipo de contratos referidos a él.

En consecuencia, corresponde **revocar este extremo del numeral 3** de la esquila de observación formulada por la primera instancia.

9. La segunda observación del Registrador exige la previa inscripción de: (i) el contrato de arrendamiento financiero celebrado el 24.5.2019 entre el Banco de Crédito del Perú y el Mall Aventura, y (ii) los contratos de subarrendamiento. El apelante alega que la cesión constituye una operación que, por sí misma, cumple con los requisitos para su inscripción, por lo que no debe condicionarse la previa inscripción y revisión tanto del contrato de arrendamiento financiero como de los contratos de subarrendamiento. En esa línea, corresponde determinar si para inscribir la cesión *submateria* respecto de los contratos de subarrendamiento es requisito que previamente se inscriba este último, así como si también debe inscribirse de manera previa el contrato de arrendamiento financiero.
10. Uno de los principios que sustenta nuestro sistema registral es el denominado principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 2015 del Código Civil, conforme al cual para inscribir un derecho es preciso que se inscriba el derecho del cual deriva aquél. Así, el tracto sucesivo constituye

² “El derecho de superficie puede extenderse al aprovechamiento de una parte del suelo, no necesaria para la construcción, si dicha parte ofrece ventaja para su mejor utilización”.

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

una exigencia de la nueva inscripción o del nuevo asiento, según el cual éste último solo podrá practicarse si existe una previa inscripción, ***imponiendo con ello que quien aparezca como disponente del derecho tenga legitimidad registral para ello***³.

11. Es de carácter formal, es decir, no tiene naturaleza sustantiva, por cuanto no se refiere a la comprobación de la existencia misma del derecho del que emana la nueva transmisión, sino que se limita a la simple constatación de su previa inscripción. En efecto, Díez-Picazo manifiesta que «el tracto sucesivo, aunque presupuesto importante en la mecánica del Registro, tiene solamente carácter formal y afecta exclusivamente al funcionamiento del Registro [...]. ***No es, pues, un requisito necesario para disponer del derecho desde el punto de vista material o sustantivo, sino solamente un requisito de tipo formal para permitir que el acto dispositivo tenga acceso al Registro***»⁴. A propósito, Esturillo López manifiesta que «gramaticalmente, la palabra tracto significa “espacio que media entre dos lugares” y la de sucesivo, el hecho de que una “cosa siga a la otra”. Solo en el Registro de la Propiedad, que tiene por objeto la inscripción de bienes, podría darse esa concatenación sucesiva de actos relacionados con una misma cosa [...] viene determinada por ***la necesidad de conexionar el acto que se pretende inscribir con el sujeto que según el Registro debe realizarlo o con aquel otro acto inscrito que se trata de modificar o extinguir***»⁵ (en negrita nuestro).
12. En el presente caso, se pretende la inscripción de la cesión de posición contractual, bajo condición suspensiva, que otorga el Mall Aventura, en su calidad de arrendatario, a favor del cesionario ***en todos los contratos de subarrendamiento que no están inscritos*** (ver gráfico).

En el contrato de arrendamiento financiero el Mall Aventura es el arrendatario y el Banco de Crédito del Perú el arrendador, con dicho

³ En virtud del principio de legitimación previsto en el artículo VII del Reglamento General de los Registros Públicos, «*Los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular Registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez*».

⁴ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las Relaciones Jurídico-Reales. El Registro de la Propiedad*. Volumen Tercero. Cuarta Edición. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1995. Pág. 399.

⁵ Esturillo López, Antonio. *Estudio sobre la legislación sobre el Registro Mercantil – Práctica de la Legislación Mercantil Societaria*. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1992. Pág. 317.

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

contrato se pretende que el Mall obtenga del Banco fondos para financiar, en parte, la construcción e implementación del centro comercial.

13. Entonces, si lo que busca el interesado es que se publicite, lo que denomina su «derecho de garantía», esto es, su derecho respecto de la posición contractual del Mall Aventura en los contratos de subarrendamiento, es exigible que conste inscrito el derecho de quien se pretende sustituir, esto es, el derecho del arrendatario financiero Mall Aventura. Es preciso que este arrendatario (el Mall Aventura) adquiera legitimación dispositiva⁶ en el Registro y ello se logra con la inscripción de los contratos de subarrendamiento. Una vez que lo adquiera, recién el cesionario (designado por el Banco de Crédito) podrá en el futuro asumir su posición contractual en los contratos de subarrendamiento. Antes no, por virtud de la ausencia del tracto sucesivo. Es por ello que la cesión sí afectará la relación del subarrendamiento⁷.

En el mismo sentido 1612-2020-SUNARP-TR-L: «El principio de tracto sucesivo obliga al registrador a *verificar si* quien efectúa el acto de disposición o *de quien deriva el derecho aparece como titular registral del derecho*, correspondiendo rechazar todo acto dispositivo que no provenga del titular inscrito» (énfasis nuestro).

14. Ahora, ¿es también requisito previo que se inscriba el contrato de arrendamiento financiero? Si bien conforme al artículo 8 del Decreto Legislativo 299 la inscripción del contrato de arrendamiento financiero en el Registro correspondiente es facultativa, esto no implica que en el ámbito de la calificación registral no deba requerirse su inscripción. En efecto, este Tribunal concuerda que, en aplicación del ya señalado principio de tracto

⁶ El artículo 13 del decreto legislativo 299 señala «**La arrendataria gozará** para todos los efectos de sus relaciones contractuales o de actos administrativos, **de los derechos y obligaciones como si tuviera la condición de propietario de los bienes materia del contrato**, excepto en lo referente a la disposición o enajenación definitiva y/o constitución de gravámenes sobre los mismos» (En negrita nuestro).

⁷ «**La condición es inscribible en cuanto su cumplimiento determina una modificación en la titularidad del derecho real**» Lacruz Berdejo, José y Sancho Rebullida, Francisco. *Elementos de Derecho Civil. Derecho Inmobiliario Registral*. Segunda edición. Tomo III. BIS. Reimpresión 1991. Bosch Editores. Barcelona. 1991. Página 91.(En negrita nuestro).

«**La inscribibilidad de las condiciones suspensivas y resolutorias juntamente con el acto supeditado a su actuación** está consagrada por varios preceptos de nuestra legislación inmobiliaria registral». Roca Sastre, Ramón y Roca-Sastre Muncunill, Luis. *Derecho Hipotecario*. Octava edición revisada ampliada y puesta al día. Tomo III. Bosch Editores. Barcelona. 1995. Página 371.(En negrita y subrayado nuestro).

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

sucesivo, sí es indispensable que el arrendatario Mall Aventura adquiera legitimidad dispositiva registral para inscribir los contratos de subarrendamiento. Y esto se logra con la inscripción previa del arrendamiento financiero.

15. En suma, por exigencia del tracto sucesivo, debe cumplirse con una cadena de transmisiones : primero, debe constar inscrito el arrendamiento financiero, con lo cual el Mall Aventura adquiere legitimidad para inscribir los contratos de subarrendamiento; y segundo, deben constar inscritos los contratos de subarrendamiento para dar cabida a los subarrendatarios y la posibilidad de registrar la cesión de posición contractual cuando se cumpla la condición suspensiva pues la cesión no puede operar cuando aún no ha surgido la relación obligacional entre el cedente y el cedido⁸, por cuanto hasta ese entonces *no hay derecho inscrito alguno que el cedente pueda transmitir al cesionario*⁹. Dichas inscripciones deberán efectuarse en la partida del derecho de superficie.

Abunda lo expuesto el hecho que en el presente caso no existe ni edificaciones, ni arrendamiento financiero, ni subarrendamientos inscritos, por lo que para el Registro éstas no existen, ya hemos señalado en la Resolución 238-A-2011-SUNARP-TR-L que «cuando se contrata en forma condicional sobre bienes futuros, [...] dado el principio de legalidad que obliga a su vez al cumplimiento del principio de especialidad que se plasma en un sistema de inscripción de folio real, **el objeto del derecho debe existir como tal en el Registro**, lo cual no sucede con los bienes futuros denegándose por ello el acceso al Registro (Véase por ej. Resolución N°1927-2009-SUNARPTR-L del 30-12-2009)» .

16. Por las razones expuestas, **se confirma** la observación de la primera instancia consistente en el requerimiento previo de inscripción tanto del contrato de arrendamiento financiero como de los contratos de

⁸ **Artículo 2019.- Son inscribibles** en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

1.- Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten **los derechos reales sobre inmuebles**.

[...] 4.- El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de **los actos o contratos registrados**. (en negrita nuestro).

⁹ Se deja constancia que en el ámbito del Régimen de Garantías Mobiliarias si es posible inscribir contratos referidos a obligaciones o bienes futuros pero como garantías preconstituidas (confrontar los artículos 18, 28, 29, 65, 66, 67, 81, 82, 83 y 84 del Reglamento de inscripciones del registro mobiliario de contratos y su vinculación con los registros jurídicos de bienes muebles).

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

subarrendamiento, para cuyo efecto debe adjuntarse la documentación con la formalidad correspondiente.

17. Finalmente, el Registrador requiere que se cumpla: i) la condición suspensiva de la designación del cesionario por parte del Banco de Crédito, y ii) la aceptación de cada subarrendatario al contrato de cesión *submateria*, los cuales afirma son requisitos para que dicho contrato se haya producido. Con relación a estos cuestionamientos, el apelante manifiesta que: i) exigir como condición precedente la elección del cesionario privaría de utilidad la publicidad registral que se pretende con la inscripción del derecho de garantía respecto de la posición contractual de Mall Aventura en los contratos de subarrendamiento, y ii) estos últimos ya prevén de manera anticipada la aceptación de los operadores a cualquier cesión.
18. Veamos. Según hemos señalado en el considerando segundo del presente análisis, la *condición suspensiva* es el hecho futuro e incierto consistente en la designación del cesionario por parte del Banco de Crédito del Perú, estableciéndose incluso que éste podrá ser tal cesionario. Lo requerido por el Registrador no es procedente por aplicación del principio lógico de no contradicción¹⁰ pues si la designación es la condición, que es un hecho *futuro e incierto*, no es posible que, a la vez, pretenda considerarse como *presente y cierto* para «justificar» el nombramiento
19. Por lo tanto, el hecho de que en este caso se haya señalado que el cesionario será la persona (un tercero) designada en el futuro por parte del Banco de Crédito y que no se le haya identificado (a pesar de haberse señalado que el propio Banco *podrá* ser cesionario), no constituye obstáculo para la inscripción de la cesión en los términos solicitados, pues dicho tercero no es parte del contrato y su identificación no es obligatoria, pues ninguna norma lo exige así. Hay que tener presente que si bien no se va publicitar el nombre del cesionario en el asiento de inscripción, esto no acarrea inseguridad alguna, por cuanto el contrato de cesión se encuentra sujeto a la condición suspensiva, precisamente, de la designación del cesionario. Producida esta condición, el cesionario automáticamente asumirá la posición contractual del arrendatario (Mall Aventura SA) en cada

¹⁰ «Ningún enunciado puede ser verdadero y falso a la vez» Copy, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*. Limusa Noriega editores. México. 2007. Página 367

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

uno de los contratos de subarrendamiento (cláusula 3.1), y es en este momento en que se tendrá por designado o identificado al cesionario. Por tanto, se **revoca este extremo del numeral 3** de la esquila de observación recurrida.

20. En lo que concierne a la exigencia del Registrador de que se cumpla con la aceptación de cada subarrendatario del contrato de cesión de posición contractual, este Tribunal encuentra que dicho requerimiento no constituye requisito para la inscripción de la cesión sujeta a condición suspensiva, conforme a la propia cláusula 5.1. del contrato, la aceptación solamente será para efectos de que a cada subarrendatario le sea aplicable el contrato de cesión. Si esto no ocurriera, el contrato surtiría efectos únicamente en los subarrendatarios que lo acepten. Por tanto, también se **revoca este extremo del numeral 3** de la esquila de observación formulada por la primera instancia.
21. Se deja constancia que en la cláusula 1.1.5. de la escritura del 22.05.2019 presentada se ha señalado «Condición suspensiva: es el hecho futuro e incierto consistente en la designación del Cesionario por parte del Banco *de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Arrendamiento Financiero*. Queda establecido que el Banco podrá ser el Cesionario», al no adjuntarse dicho contrato, no es posible determinar si dicha condición depende exclusivamente de la voluntad del deudor o no, pero dejamos constancia que *«no procede registrar un contrato de transferencia de un derecho real cuyos efectos se encuentren subordinados al cumplimiento de una condición suspensiva nula por depender de la exclusiva voluntad del enajenante o deudor, de conformidad con el artículo 172 del código Civil vigente»* [Resolución 238-A-2011-SUNARP-TR-L].

Intervienen como vocales (s) Rafael Humberto Pérez Silva y Maritha Elena Escobar Lino, autorizados mediante la resolución n.º 117-2020-SUNARP/SN del 17.8.2020 y la resolución n.º 123-2020-SUNARP/PT del 21.8.2020, respectivamente.

Por las consideraciones expuestas y por unanimidad se adoptó la siguiente decisión:

RESOLUCIÓN N.º 473-2020-SUNARP-TR-T

VII. RESOLUCIÓN:

PRIMERO: SE REVOCA las siguientes observaciones formuladas por la primera instancia al título venido en grado:

- i) Que intervenga en el contrato de cesión condicionada de posición contractual la titular del predio: Constructora Inmobiliaria Inka de América SAC.
- ii) Que se cumpla la condición suspensiva de designación del cesionario por parte del Banco de Crédito del Perú.

SEGUNDO: SE CONFIRMA las siguientes observaciones formuladas por la primera instancia al título venido en grado:

- i) Será necesario adjuntar e inscribir previamente tanto el contrato de arrendamiento financiero celebrado entre el Mall Aventura SA y el Banco de Crédito del Perú el 24 de mayo de 2019, así como los contratos de subarrendamiento, en la partida del derecho de superficie.

Por los fundamentos expuestos en los considerandos de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese:

MARITHA ELENA ESCOBAR LINO

Presidenta de la Cuarta Sala
del Tribunal Registral

WALTER EDUARDO MORGAN PLAZA
Vocal del Tribunal Registral

RAFAEL HUMBERTO PÉREZ SILVA
Vocal (s) del Tribunal Registral